



BEATRIZ MARTINS COSTA

**A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE EM FACE DA VEDAÇÃO CONTIDA NA
SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

BRASÍLIA

2010

BEATRIZ MARTINS COSTA

**A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE EM FACE DA VEDAÇÃO CONTIDA NA
SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.^a Márcia Mazoni Curcio
Ribeiro

BRASÍLIA
2010

COSTA, Beatriz Martins

A base de cálculo do adicional de insalubridade em face da vedação contida na Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal/ Beatriz Martins Costa. Brasília: UniCEUB, 2010.

68 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientadora: Prof. Márcia Mazoni Curcio Ribeiro

Dedico esse trabalho aos meus pais Elena e Gilson, que me proporcionaram a aquisição do maior tesouro da vida, o conhecimento. Ao meu irmão Hugo que é um exemplo de força e perseverança. Ao meu precioso noivo André Phelipe que me motivou com amor nos momentos de dificuldades. Por fim, aos meus avós Antônio e Ana e *in memoriam* a Orácio e Orosita.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, razão da minha vida, pela capacidade, inspiração, saúde e determinação para concluir essa longa caminhada. Agradeço aos meus colegas de turma pela amizade e companheirismo e a todos os professores que contribuíram significativamente para o meu crescimento profissional durante a graduação. Finalmente, em especial, a minha orientadora nesse estudo, a Prof.^a Márcia Mazoni Curcio Ribeiro, que me ofertou seu conhecimento, paciência, orientação, disciplina e apoio para conquistar os resultados alcançados.

RESUMO

O presente estudo versa sobre o adicional de insalubridade, e, em específico sobre a sua base de cálculo. O seu escopo gira em torno da controvérsia trazida pelo tema que surgiu de um julgamento do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2008, o qual vedou a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade e também a sua substituição por decisão judicial. Entretanto, ainda se encontra em forte discussão, por não ter sido consolidado um novo indexador para a base do adicional referido. O tema envolve aspectos constitucionais, trabalhistas e jurisprudenciais com uma forte repercussão na Justiça do Trabalho, pois a sua jurisprudência que outrora era cristalizada agora está em processo de mudança sem ter ainda um norte a ser seguido.

PALAVRAS-CHAVE: adicional, insalubridade, insalubre, base, cálculo, Súmula vinculante, salário mínimo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE	8
1.1 Definição do adicional de insalubridade	9
1.2 Evolução histórica do adicional de insalubridade	11
1.3 Disposições constitucionais e legais após 5 de outubro de 1988	14
1.4 Ambiente da atividade insalubre	17
1.5 Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego	19
1.6 Aplicabilidade do adicional de insalubridade	21
1.7 A integração do adicional de insalubridade ao salário	23
1.8 A base de cálculo do adicional de insalubridade	24
2 SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO	25
2.1 Súmula vinculante	25
2.1.1 Definição de súmula vinculante	25
2.1.2 Requisitos e finalidade da súmula vinculante	26
2.1.3 Revisão e cancelamento da súmula vinculante	28
2.1.4 A Súmula Vinculante n. 4 do STF	29
2.2 Insalubridade – fixação do <i>quantum</i> devido	31
2.2.1 Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho	31
2.2.2 Súmula n. 17 do Tribunal Superior do Trabalho	32
2.3 Aplicação no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho e no Superior Tribunal do Trabalho antes da Súmula Vinculante n. 04	32
3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS EM FACE DA SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
3.1 Teoria do direito constitucional alemão – ‘ <i>Unvereinbarkeitserklärung</i> ’	39

3.2 Definição de salário, de forma geral	43
3.3 Aplicação do salário mínimo e salário básico como base de cálculo	45
3.3.1 <i>Salário Mínimo</i>	45
3.3.2 <i>Salário básico</i>	49
3.4 Aplicação da Súmula n. 17 do TST	53
3.4.1 <i>Salário profissional</i>	54
3.4.2 <i>Salário Normativo</i>	55
3.4.3 <i>Piso Salarial</i>	55
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A controvérsia trazida pelo tema surgiu de um julgamento do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2008, o qual vedou a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, e, para tanto, a edição da Súmula Vinculante n. 4. Entretanto, ainda se encontra em forte discussão por não ter sido consolidado um novo indexador para a base do adicional referido.

O tema envolve aspectos constitucionais, trabalhistas e jurisprudenciais; com uma forte repercussão na Justiça do Trabalho, pois a sua jurisprudência que outrora era cristalizada, agora está em processo de mudança sem ter ainda um norte a ser seguido.

Nesse contexto, é de extrema relevância o estudo do tema para a comunidade jurídica e social, pois para a primeira é necessário se estabelecer uma solução para o ordenamento pátrio e para a segunda é direito dos jurisdicionados ter segurança no julgamento das lides que envolvam a base de cálculo do adicional de insalubridade, haja vista que a Súmula Vinculante n. 4 do STF vedou a substituição do seu indexador por decisão judicial.

A importância desse tema gerou o interesse de aprofundar o estudo, através da pesquisa. Dessa forma, o estudo será dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo analisar-se-ão os aspectos gerais e fundamentais do adicional de insalubridade, como a sua definição, aplicabilidade, evolução histórica, as hipóteses insalubres, a integração do adicional e a sua base de cálculo com o objetivo de estabelecer parâmetros básicos para desenvolver do tema.

O segundo capítulo tratará do grande impulsionador do estudo que é a Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal. Serão abordados, primeiramente, de forma geral, o verbete sumular, a sua definição, requisitos, finalidade e as hipóteses de cancelamento, e, por fim, de forma específica será abordada a Súmula Vinculante n. 4 do STF. Em seguida, será analisada e explanada a repercussão da Súmula Vinculante n. 4 do STF na jurisprudência trabalhista.

Para concluir o tema, no terceiro capítulo, serão apresentados o entendimento dos tribunais tendo em vista a Súmula Vinculante n. 4 do STF, partindo, primeiramente da aplicação da teoria do direito constitucional alemão ‘*Unvereinbarkeitserklärung*’. Em seguida, tratar-se-á da definição e aplicação do salário mínimo e do salário básico como indexador do adicional de insalubridade. Por fim, será abordada a aplicação da Súmula n. 17 do TST em face da vedação contida no verbete sumular.

Toda essa explanação com o fulcro de suscitar a discussão e contribuir para resolução do impasse sobre a base de cálculo, demonstrando o que pode ser feito de forma efetiva para não ofender a proibição constante no verbete sumular.

Por fim salienta-se que para a realização do estudo será escolhido o método dedutivo com uso da pesquisa jurisprudencial e jurídico-dogmática e a técnica da documentação indireta. Portanto, deverá envolver a consulta a livros, a jurisprudência e a artigos de jornais e revistas especializadas na área do direito. Além disso, recorrer-se-á, também, a publicações virtuais, constantes de *sites* da *internet*.

1 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Desde o início da existência humana, na idade da pedra, o trabalho faz parte da vida do ser humano, mesmo que, a princípio, apenas como meio de subsistência. O conceito de trabalho passou por inúmeras transformações com o transcurso do tempo, até chegar ao conceito contemporâneo de trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma ampliação dos direitos e das garantias individuais e no rol dos direitos sociais foram positivados os direitos constitucionais dos trabalhadores urbanos e rurais, nos arts. 7º ao 11.

A cultura do Brasil trouxe a ideia de que aquele que trabalha possui dignidade, ou seja, o trabalho tem a função de dignificar o homem. Contudo, vale ressaltar que o homem não é dignificado apenas com a atividade laboral.

Hoje, nesse mundo capitalista, é muito comum em conversas cotidianas de amigos, familiares ou conhecidos que não se vêem há algum tempo querer saber como o outro está vivendo e uma das primeiras perguntas é se o indivíduo está trabalhando. Caso a resposta seja negativa provavelmente a reação também será, mas se for o contrário irá gerar certo respeito com ar de dignidade.

O trabalho traz, portanto, ao ser humano uma sensação de responsabilidade, compromisso, dedicação, interesse, motivação, dignidade, entre outros.

Nesse contexto surge outra ótica em relação à dignidade e o trabalho que está espelhada na Carta Magna. Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, no art. 1º, incisos II e III, da CF/88 se encontram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho traduzem, também, a busca de condições dignas de trabalho.

O princípio da isonomia insculpido na Constituição Federal demonstra a necessidade em tratar os iguais igualmente e os desiguais de forma desigual. Isto no âmbito

do trabalho gera o dever de tratar cada atividade laboral de forma específica e razoável. Exemplificando, o tratamento deverá ser diferenciado e proporcional de acordo com as horas trabalhadas, com o período da atividade e com as condições de trabalho. Essa última é de extrema importância para o trabalhador, pois aquele que trabalha em condições vulneráveis à atuação de agentes nocivos à sua saúde merece um tratamento específico e diferenciado de outro que não seja exposto a nenhum risco à sua integridade física.

Para tanto, a solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi a de compensar este trabalhador, que desenvolve a sua atividade laboral à exposição de condições inadequadas ou prejudiciais à vida, com um adicional ao seu salário, o chamado adicional de insalubridade.

Este por sua vez foi positivado na Carta Magna através do art. 7º, inciso XXIII, sendo direito do trabalhador urbano e rural à percepção de adicional de remuneração para as atividades insalubres na forma da lei.

1.1 Definição do adicional de insalubridade

Primeiramente ressalte-se o pensamento de Sérgio Pinto Martins:

O ideal é que o empregado não tivesse que trabalhar em condições de insalubridade, que lhe são prejudiciais a sua saúde. Para o empregador, muitas vezes é melhor pagar o ínfimo adicional de insalubridade do que eliminar o elemento nocivo à saúde do trabalhador, que demanda incentivos. O empregado, para ganhar algo a mais do que seu minguado salário, sujeita-se a trabalhar em local insalubre.¹

De acordo com a inteligência do art. 192, da CLT são consideradas atividades ou operações insalubres, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

O adicional de insalubridade é um suposto benefício concedido ao trabalhador. Surgiu na Inglaterra durante a Revolução Industrial, entre 1760 e 1830². Isto

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 644.

² NOGUEIRA, Diogo. **A insalubridade na empresa e o médico do trabalho**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 12, n. 45, 1984. p. 42.

porque havia a necessidade de compensar o trabalhador por exercer uma atividade em um lugar sob condições nocivas à sua integridade física. Com esse adicional ao salário o empregado deveria se cuidar e se proteger contra danos à sua saúde, e não um adicional para incentivar a prestação de serviços em ambientes insalubres.

É preciso esclarecer que os adicionais consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas.³ Melhor explicando, somente será devido se houver o fato gerador do adicional que é o enquadramento na condição tipificada para a sua percepção.

De acordo com o entendimento de Augusto Cezar Ferreira de Baraúna o adicional de insalubridade constitui um complemento salarial objetivando compensar o trabalho prestado em condições vulneráveis à atuação de agentes nocivos à saúde do trabalhador.⁴

As normas gerais relativas ao adicional em comento estão elencadas na CLT nos arts. 189 a 197 e as disposições complementares, conforme disposto no art. 200 do mesmo instituto, serão elaboradas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Essas disposições foram editadas mediante a elaboração da Norma Regulamentadora n. 15 da Portaria Ministerial n° 3.214/78, que dispõe sobre os critérios a serem observados para aferição da atividade insalubre e da posterior concessão do adicional.

Ressalte-se que, além de observar as disposições da NR n. 15 deverá ser feita uma perícia no suposto ambiente insalubre.

O adicional de insalubridade é proporcional ao grau de nocividade a que o trabalhador é exposto, podendo ser de grau mínimo - 10%, grau médio - 20% ou de grau máximo - 40%. Como exemplo, pode-se citar o trabalho em cemitério, ruído contínuo ou intermitente superior aos limites de tolerância e exposição a níveis de radiações ionizantes superiores aos limites de tolerância, respectivamente.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed, São Paulo. Ltr. 2008. p. 737.

⁴ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2099. p. 355.

1.2 Evolução histórica do adicional de insalubridade

Primeiramente, ressalte-se o pensamento de Garcia Martinez, F. Garcia e J.

A Garcia:

(...) ante a evolução atual das idéias jurídicas, sociais e econômicas, a equidade e, sobretudo, a justiça social, que é a base da ordem social, impõe-se mais escrupulosa tutela pessoal ao trabalhador; daí a preocupação do legislador em eliminar do ambiente de trabalho toda causa que constitua um perigo para a saúde ou integridade física do empregado ou trabalhador.⁵

Na antiguidade e na Idade Média não existia um sistema de normas jurídicas destinadas à proteção dos trabalhadores. As corporações de ofício medievais prestavam assistência⁶ àquelas pessoas que se acidentavam no ambiente de trabalho. Já os processos econômicos de produção eram incipientes e o trabalhador estava menos exposto aos riscos inerentes ao trabalho.⁷

No apogeu da Revolução Industrial, no século XVIII, com o desenvolvimento do processo tecnológico, a máquina, mesmo trazendo benefícios significativos para a humanidade, também fez vítimas, aumentando, consideravelmente, o número de acidentes no trabalho.⁸

Nesse contexto, a ideia da necessidade de introduzir dispositivos de lei regulamentando os novos processos industriais para diminuição dos perigos à saúde do operário passou a ser uma preocupação dos juristas.⁹

Então, em 1880, a Conferência de Berlim adotou medidas sobre o trabalho em minas¹⁰. Em 1913, na Conferência de Berna houve propostas de soluções para a proteção do trabalhador contra riscos profissionais.¹¹

Independentemente do adicional de insalubridade ter nascido na Inglaterra, durante a Revolução Industrial, o objetivo das nações e do Brasil em relação a esse era o

⁵ MARTINES, F. Garcia e J. A. Garcia. **El contrato Del Trabajo**. 1945, p. 346.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 352.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 352.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 352.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 352.

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 352.

mesmo, qual seja, restringir, eliminar ou neutralizar tudo aquilo que pudesse prejudicar o trabalhador.¹²

Mesmo já existindo a insalubridade no Brasil, até 1930 não houve nenhuma iniciativa para combater esse mal. Somente em meados de 1932 a exposição dos trabalhadores brasileiros às condições insalubres chamou a atenção do Estado. A partir de então começaram a surgir medidas para combater a insalubridade. Inicialmente, no mesmo ano, foi proibida a elevação da jornada de trabalho quando a prestação de serviço fosse exercida em local insalubre.¹³

Ainda no ano citado, outras medidas de grande relevância foram concretizadas em dois decretos, quais sejam, os de n. 21.417 e 22.042. Ficou impedido o trabalho de mulheres e menores em locais expostos à insalubridade. Em relação às mulheres, foi publicado um Decreto, em 19 de maio desse ano, com uma relação nominal dos agentes nocivos à sua saúde. Mais extensa ainda foi a lista dos agentes nocivos aos menores que foi publicada em 5 de novembro do mesmo ano.¹⁴

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934, no art. 121, §1º, d, proibiu, sem exceções, o trabalho de mulheres e menores de dezoito anos nas indústrias insalubres.¹⁵

Em 1936 surgiram indícios da utilização do sistema compensatório.¹⁶ O sistema compensatório é aquele em que são utilizadas vantagens suficientes para diminuir ou ressarcir ao indivíduo um determinado dano sofrido. Ao instituir as Comissões de Salário Mínimo, a lei, embora determinasse medidas referentes ao novo instituto, inseriu em seu texto a possibilidade do salário mínimo dos trabalhadores que prestam serviços insalubres ser elevado proporcionalmente à sua atividade laboral.¹⁷

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 352.

¹² SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p. 23

¹³ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p. 26.

¹⁴ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p. 26.

¹⁵ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p. 27.

¹⁶ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p. 27.

¹⁷ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p. 27.

A Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, apenas reafirmou esse entendimento em seu art. 137, alínea k.¹⁸

Contudo, foi em 1938 que o impulso inicial tido pela legislação pátria, para os casos de insalubridade, firmou o marco delimitador de duas épocas intervencionistas do Estado. A partir de então houve a concessão de adicionais para o trabalhador exposto às condições insalubres.¹⁹

Somente em abril de 1939 foi publicada a Portaria Scm-51, que tratou da matéria em comento de forma mais direcionada e explicativa, citando pontualmente materiais e condições insalubres. Nesse momento então, surgiram os graus de insalubridade: máximo, médio e mínimo.

Estavam definidos por disposições legais, os elementos cujo manuseio foi reconhecido como danoso à saúde do trabalhador, e, ainda, graduados os níveis de alcance do dano.²⁰

Vale ressaltar que, somente em 1940, com o advento do Decreto-Lei n. 2.162 foi definida a porcentagem que representa os graus de insalubridade que já haviam sido definidos. Desde então passou a entender que os graus máximo, médio e mínimo correspondem a 40%, 20% e 10%, respectivamente.

Portanto, conclui-se que foi naquele momento que o trabalhador passou a ter o direito à percepção de um adicional ao seu salário para compensar, pelo menos de forma remuneratória, a sua exposição às condições e ambientes de trabalho insalubres.

No ordenamento contemporâneo brasileiro, as normas gerais do adicional de insalubridade estão elencadas na Consolidação das Leis do Trabalho as quais são complementadas pela Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, mediante a Norma Regulamentadora n. 15 e seus anexos.

¹⁸ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p.27.

¹⁹ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p.27.

²⁰ SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1962, p.28.

1.3 Disposições constitucionais e legais após 5 de outubro de 1988

Antes da Constituição Federal de 1988 o art. 192 da CLT vigorava, sem qualquer questionamento quanto à aplicação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.²¹

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a vedação da vinculação do salário mínimo para qualquer fim, conforme disposto no inciso IV, do art. 7º.

Por consequência lógica, a base de cálculo do adicional de insalubridade passou a ser objeto de discussão²².

Contudo, o adicional de insalubridade, assegurado constitucionalmente àqueles trabalhadores que exercem atividade laboral em condições insalubres, mesmo com o advento do inciso IV, do art. 7º da CF/88, continuou a ser calculado com base no salário mínimo ou no salário profissional da categoria a que pertence o empregado.²³

Nesse mesmo sentido Glaucia Barreto assevera que em seu entender “a base de cálculo do adicional de insalubridade mesmo após o advento da Constituição de 1988 continuou a ser o salário mínimo”²⁴, e, ainda, que essa interpretação não poderia ser de forma diversa, pois acarretaria a inexistência de um parâmetro salarial para determinar o valor do adicional, enquanto não é publicada lei específica para tratar da matéria.

Partindo da controvérsia entre a norma celetista e a constitucional, muitos trabalhadores ajuizaram ações reivindicando o adicional de insalubridade sobre o salário contratual²⁵, questionando a validade do dispositivo celetista.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 307²⁶, reafirmando que a base de cálculo é salário mínimo da região, mesmo que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade.

²¹ BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 254.

²² BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 255.

²³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 140.

²⁴ BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 255.

²⁵ BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 255.

A CLT no art. 189 define, apenas, quais as atividades que serão consideradas insalubres.²⁷

O art. 192 estabelece o salário mínimo como a base de cálculo do adicional de insalubridade, e também elenca os percentuais referentes aos graus mínimo, médio e máximo para aferição do adicional.

As demais disposições sobre o adicional de insalubridade estão elencadas no art. 190 e seguintes da CLT.

Além das disposições constitucionais e legais sobre o tema, haja vista as reiteradas decisões envolvendo a questão da base de cálculo para o adicional de insalubridade e seus demais aspectos, o Tribunal Superior do Trabalho editou Súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Entre elas vale ressaltar algumas.

Primeiramente é preciso ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal inserto na Súmula n. 460, a qual dispõe que a perícia judicial, para efeito do adicional de insalubridade, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que são determinadas por norma regulamentadora expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Corroborando com esse entendimento, a OJ n. 4, I, da SBDI-1 do TST, que ressalta a necessidade da classificação da atividade dita como insalubre pelo Ministério do Trabalho e Emprego mediante uma relação oficial, portanto, não sendo suficiente apenas o laudo pericial para percepção do referido adicional.

Sendo assim, caso não haja previsão legal na Norma Regulamentadora n. 15 feita pelo Ministério do Trabalho o adicional não será devido. Como exemplo, pode-se citar a

²⁶ **STF, Súmula n. 307:** “É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário-mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário-mínimo acrescido da taxa de insalubridade”. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 30 de outubro de 2009.

²⁷ **CLT, Art. 189:** “Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”. Disponível em: http://www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt189a197.htm. Acesso em 31 de outubro de 2009.

OJ n. 173 da SBDI-1 do TST que firmou o entendimento de que em face da ausência de norma legal o trabalhador em atividade a céu aberto não terá direito à percepção do adicional de insalubridade.

A Súmula n. 293 do TST dispõe sobre a possibilidade de ser constatado na perícia um agente diverso do apontado na inicial e não prejudicar o pleito do adicional de insalubridade.

Importante salientar o disposto na Súmula n. 47 do TST sobre o contrato intermitente, alertando que o simples fato do empregado prestar serviço sob esse tipo de contrato não afasta a percepção do adicional de insalubridade.

O simples fornecimento de aparelhos protetores para os empregados não exime o empregador de pagar o adicional de insalubridade, pois esse ainda terá que tomar medidas que tenham a finalidade de neutralizar ou eliminar a insalubridade do ambiente laboral, conforme disposto na Súmula n. 289 do TST.

Sobre esse aspecto, a Súmula n. 80 do TST determina que ao fornecer aparelhos protetores ao empregado e havendo a eliminação da insalubridade do ambiente, ensejará a exclusão da percepção do adicional.

O adicional de insalubridade, enquanto for percebido, integra, para todos os efeitos legais, a remuneração do empregado, conforme entendimento disposto na Súmula n. 139 do TST.

Conforme inserto na OJ n. 172 da SBDI-1 do TST, a empresa que for condenada ao pagamento do adicional de insalubridade deverá inserir mês a mês e enquanto o trabalhador estiver sob essas condições, o valor correspondente na folha de pagamento do empregado.

A Súmula n. 228 dispõe sobre a utilização do salário mínimo como indexador do cálculo do adicional de insalubridade. Contudo em julho de 2008 a redação da súmula foi alterada, em razão da edição da Súmula Vinculante n. 4, pela Resolução 148/2008 determinando que a base de cálculo seja sobre o salário básico, ressalvado os casos em que

seja fixado critério mais vantajoso em instrumento coletivo. Contudo essa redação foi liminarmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

A Súmula n. 17 determina para aqueles que percebem salário profissional a utilização desse como base de cálculo para o referido adicional. Ressalte-se que esse verbete foi cancelado após a Súmula Vinculante n. 4, em Julho de 2008.

A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por determinação da autoridade competente, repercute na satisfação do referido adicional, contudo não ofende o direito adquirido ou o princípio da irredutibilidade salarial, conforme inserto na Súmula n. 248 do TST.

Por fim a OJ n. 2 da SBDI- 2, mantida em julho de 2008, declara que irá violar o art. 192 da CLT a decisão que acolher o pedido de adicional de insalubridade com base na remuneração auferida pelo empregado.

1.4 Ambiente da atividade insalubre

A definição de insalubridade encontra-se descrita na Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 189, que dispõe que serão consideradas atividades insalubres ou operações insalubres, aquelas que de alguma forma exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Nesse sentido, o ambiente insalubre é considerado como aquele que expõe o trabalhador a agentes nocivos à sua saúde e que, devido à sua atividade permanente ou intermitente nesse local, poderá desenvolver doenças.

Quanto ao caráter intermitente, ressalte-se, mais uma vez, o entendimento consolidado na Súmula n. 47, do TST, de que somente por essa circunstância não afasta o direito à percepção do adicional de insalubridade.

O Ministério do Trabalho e Emprego é responsável pela aprovação do quadro de atividades e operações consideradas insalubres e por caracterizar e classificar os agentes insalubres quanto à sua natureza e nocividade.²⁸

O ambiente insalubre pode trazer sérias consequências ao trabalhador, que muitas vezes poderão ser irreparáveis. Isso justifica o adicional ao salário, pois serão necessários maiores cuidados com a saúde do trabalhador.

Nesse contexto, preciosa é a reflexão de que, na realidade contemporânea de desenvolvimento amplo em todas as áreas do país, o ambiente insalubre deveria ser apenas uma exceção, uma situação temporária que se transformaria com a inserção de medidas protetivas ensejando a supressão ou desativação da insalubridade, até porque o valor monetário percebido através desse adicional não irá reparar em sua totalidade os prováveis danos ao empregado.

O legislador previu essa hipótese ao ressaltar que o ambiente insalubre poderá ser eliminado ou neutralizado. Para tanto, deverão ser adotadas medidas que conservem o ambiente de trabalho, e, ainda, utilizados equipamentos de proteção individual que amenizem a intensidade do agente ofensor, conforme disposto no art. 191, da CLT.

O empregador poderá reduzir o risco de forma total, mediante o fornecimento de aparelhos individuais, aprovados pelo órgão competente, adotando ainda, medidas protetivas gerais. Contudo, não basta apenas fornecer o aparelho de proteção para se eximir do dever relativo ao pagamento do adicional de insalubridade.

Nesse sentido a Súmula n. 289, do TST, dispõe que o simples fornecimento do aparelho de proteção ao empregado não exime o empregador do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe ao empregador tomar medidas que gerem a diminuição ou a eliminação da nocividade entre as quais deve estar às relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado, como já explicado.

Na hipótese do empregador conseguir eliminar a insalubridade relativa à saúde ou integridade física do empregado, o direito à percepção do adicional de insalubridade

²⁸ BARRETO, Gláucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008. p. 253.

cessará, conforme disposto no art. 194 da CLT, e, ainda, em consonância com a Súmula n. 80 do TST, que ressalta a necessidade de os aparelhos protetores serem aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo.

1.5 Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego

A Norma Regulamentadora n. 15 feita pelo Ministério do Trabalho e Emprego em sua introdução, elenca os agentes considerados como insalubres, que serão comprovados mediante laudo de inspeção do local de trabalho.

Ressalte-se que a exposição a mais de um agente insalubre pelo mesmo empregado de forma simultânea não irá lhe assegurar o direito a um adicional suplementar, e sim será considerado somente o grau mais alto.²⁹

Exemplificando, o empregado que for exposto a diferentes níveis de ruídos durante a mesma jornada de trabalho, perceberá um adicional mediante a análise do limite de tolerância, sendo que o grau mais alto prevalecerá.

O anexo número 1 trata dos limites de tolerância para ruídos contínuos ou intermitentes. De acordo com essa norma entende-se por ruído contínuo ou intermitente aquele que não seja ruído de impacto.³⁰

Por exemplo, caso a jornada de trabalho seja de oito horas, o nível máximo de ruído permitido situa-se a 85 decibéis, sendo que a partir de 1 decibel acima do permitido o ambiente será considerado insalubre e o empregado, caso não use aparelho de proteção auricular que elimine a insalubridade, terá o direito de perceber o adicional.³¹

Ademais, quanto ao anexo n. 1, vale ressaltar que ao final da NR n. 15 se encontra uma tabela denominada Graus de Insalubridade, a qual afirma que qualquer

²⁹ SILVA, Homero Batista Mateus Da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 63.

³⁰ **NORMA REGULAMENTADORA N. 15**. Ministério do Trabalho e Emprego. Anexo 1. Item 1: “1. Entende-se por Ruído Contínuo ou Intermitente, para os fins de aplicação de Limites de Tolerância, o ruído que não seja ruído de impacto”. Disponível em: http://www.mte.gov.br/legislacao/normas_regulamentadoras/nr_15.pdf. Acesso em: 04 de novembro de 2009.

³¹ SILVA, Homero Batista Mateus Da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 64.

ultrapassagem ao limite determinado descrito no citado anexo ensejará a percepção de adicional de insalubridade em grau médio. Partindo dessa premissa, pode-se concluir que independentemente do quanto se ultrapasse, em termos de ruídos sonoros, o trabalhador terá sempre o direito ao adicional de insalubridade de grau médio.³²

Vale lembrar que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 190³³, anuiu, expressamente, com o regulamento da norma em comento.

O anexo n. 2 trata dos limites de tolerância para ruídos de impacto e o define como aquele que apresenta picos de energia acústica de duração inferior a um segundo, a intervalos superiores a um segundo. Com exemplo pode-se citar o uso de furadeiras e britadeiras que possuem oscilações intensas.³⁴

Vale ressaltar que, nos intervalos entre um ruído de impacto e outro, o local continuará ruidoso, razão pela qual os ruídos deverão ser avaliados como contínuos. Sendo assim, havendo uma relação complementar entre o anexo n. 1 e 2.³⁵

O anexo n. 3 cuida dos limites de tolerância para exposição ao calor, o anexo n. 4 trata do iluminamento, mas foi revogado pela Portaria 3.751/90, o anexo n. 5 dispõe sobre as radiações ionizantes e o anexo n. 7 das radiações não ionizantes.

O anexo n. 6 trata das condições hiperbáricas, o anexo n. 8 dispõe sobre o trabalho sob vibrações, o anexo n. 9 fala sobre as atividades no frio e o n. 10 sobre o trabalho em locais úmidos.

O anexo n. 11 trata dos agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada pelo limite de tolerância e pela inspeção no local de trabalho. O n. 12 cuida dos limites de

³² SILVA, Homero Batista Mateus Da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 64.

³³ CLT. Art. 190: “O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes”. Disponível em: http://www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt189a197.htm. Acesso em: 04 de novembro de 2009.

³⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 65.

³⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 65.

tolerância para poeira mineral, o n. 13 dos agentes químicos, e, por último, o n. 14 é relativo aos agentes biológicos.

De acordo com Homero Batista Mateus da Silva, os 14 anexos da NR n. 15 podem ser agrupados por agentes. Primeiro pelos agentes físicos: ruído contínuo, ruído de impacto, iluminamento, pressão, vibrações e os demais. Segundo pelos agentes químicos, como: radiações ionizantes, radiações não ionizantes, elementos químicos quantificados por dosagem, elementos químicos quantificados pelo trabalho, benzeno tratados separadamente e o amianto, e, por fim, os agentes biológicos.³⁶

O mesmo autor afirma, ainda, que poderão ser catalogados pelo grau do adicional de insalubridade. O grau máximo se refere às radiações ionizantes, pressão e amianto. O grau médio para ruído de impacto ou contínuo, radiações não ionizantes, calor, frio, umidade e vibrações. Poderá ocorrer a variação entre o grau máximo e médio em se tratando de agentes biológicos, e, ainda, entre o grau mínimo, médio e máximo dependendo do enquadramento de agentes químicos, inclusive o benzeno.³⁷

1.6 Aplicabilidade do adicional de insalubridade

A Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XXIII, garante aos trabalhadores urbanos e rurais a percepção do adicional de insalubridade.

Vale ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 292, que assegurava, especificamente, o adicional em comento ao trabalhador rural, contudo, haja vista a previsão constitucional supracitada, passou a não ser necessária a aplicação da citada regra sumular. Além disso, o *caput* do mesmo artigo constitucional conferiu um tratamento igualitário entre os trabalhadores rurais e urbanos.

Quanto aos trabalhadores temporários, a alínea a, do art. 12, da Lei n. 6.097/74, determina que seja devida uma remuneração equivalente a dos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente. Sendo assim, conclui-se que a natureza

³⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 82.

³⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 82.

jurídica da prestação de serviço não elimina o reflexo do agente nocivo em relação à integridade física do empregado temporário.³⁸

Em relação aos trabalhadores avulsos, a Constituição Federal³⁹ prevê a igualdade de direitos entre os trabalhadores com vínculo empregatício e os trabalhadores avulsos.⁴⁰ Por consequência, é admissível o recebimento do adicional de insalubridade por esses trabalhadores, desde que devidamente provado o labor em condições insalubres pelos meios técnicos admitidos.⁴¹

Ressalte-se que trabalhadores avulsos são aqueles que não possuem vínculo empregatício, sendo sindicalizados ou não, que prestam serviços de natureza urbana ou rural a diversas empresas, com a intermediação obrigatória pelo órgão gestor de mão-de-obra⁴².

Quanto aos outros tipos de trabalhadores, sem vínculo de emprego, como os autônomos e eventuais, o entendimento de Augusto César Ferreira de Baraúna é no sentido de que “não se admite a aplicabilidade dos artigos 189 e 193 da CLT, em razão de sua exclusão do conceito de empregado, constante no art. 3º da CLT”.⁴³

Por fim, os direitos dos empregados domésticos também estão previstos na Lei n. 5.859/72, contudo, não há previsão da aplicação do adicional de insalubridade na citada lei nem na Constituição Federal. A CLT, no art 7º, alínea a, apenas dispõe que os preceitos da norma em comento, salvo em caso expressamente determinado pela lei, não serão aplicados aos empregados domésticos.

³⁸ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 357.

³⁹ **CONSTITUIÇÃO FEDERAL, inciso XXXIV, art 7º**: ‘igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso’. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 13 de abril de 2010.

⁴⁰ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 357.

⁴¹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 357.

⁴² BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 89.

⁴³ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 357.

Sendo assim, conclui-se que ao empregado doméstico não é assegurado o direito ao referido adicional, tanto por falta de previsão expressa, legal, tanto por falta de previsão constitucional.

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho editou a OJ n. 4, da SBDI-1 que dispõe que a coleta de lixo realizada em escritórios e residências, não poderá ser considerada como atividade insalubre porque não se encontra dentre as atividades classificadas como lixo urbano pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego, e, ainda, dispõe que a atividade insalubre somente será considerada como tal se estiver entre a relação oficial da referida Portaria Ministerial.⁴⁴

1.7 A integração do adicional de insalubridade ao salário

A habitualidade do pagamento do adicional de insalubridade gera a integração à remuneração do trabalhador no cálculo de verbas trabalhistas, tais como: indenização das férias, repouso semanal remunerado, décimo terceiro salário e aviso prévio.

Nesse sentido o TST editou a OJ n. 103 da SBDI-1, em especial, afirmando que o adicional em comento já remunera os feriados e os dias de repouso semanal, e, ainda, a Súmula n. 139 ratificou esse entendimento afirmando que o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais existentes, enquanto o adicional for percebido pelo trabalhador.

Por fim, vale ressaltar a OJ n. 47 da SBDI-1, do TST, que determina que a base de cálculo da hora extra é o resultado do somatório do salário contratual e o adicional de insalubridade.

⁴⁴ **OJ n. 4, da SDI-1, do TST.** “I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. II – A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério d Trabalho.”

1.8 A base de cálculo do adicional de insalubridade

Desde a Constituição Federal de 1988, mediante a redação do art. 7º, inciso IV, é vedada a vinculação de qualquer parcela ou título ao salário mínimo.⁴⁵ Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, até meados de abril de 2008, manteve o entendimento de que o indexador do adicional de insalubridade é o salário mínimo. Tanto é que a jurisprudência, pacífica em âmbito nacional, é nesse sentido.

Entretanto, devido à edição da Súmula Vinculante n. 4, pelo Supremo Tribunal Federal, o que era pacífico se tornou discutível, e, a princípio, sem uma solução concreta, pois a súmula ratificou o entendimento constitucional de que o salário mínimo não pode funcionar como base de cálculo para nenhuma parcela ou benefício nem ser substituído por decisão judicial.

Considerando que a questão principal do presente estudo é a discussão sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade em relação à vedação contida na Súmula Vinculante n. 4 do STF, primeiramente é preciso entender a finalidade desse instituto.

⁴⁵ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 329.

2 SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Primeiramente, vale ressaltar a diferença entre jurisprudência e súmula. A primeira se refere às decisões de casos concretos por vários juízes, principalmente quando é reiterada, sendo que essa não tem o poder de vincular o magistrado a seguir exatamente a mesma linha de raciocínio de uma jurisprudência, contudo poderá influenciar nas novas decisões. A segunda é um resumo de todos os casos parecidos decididos daquela mesma maneira, colocado por meio de uma proposição clara e direta.⁴⁶

Frise-se que nos dois institutos supracitados não existe a obrigatoriedade estrita dos juízes seguirem esses entendimentos, pois são livres para decidir de acordo com o seu entendimento e sua convicção, mesmo que em um caso específico necessite decidir em sentido contrário ao entendimento majoritário. Nesse sentido, pode-se citar o princípio da livre convicção e independência do juiz ou persuasão racional inserto no art. 131, do CPC.

2.1 Súmula vinculante

2.1.1 Definição de súmula vinculante

Após inúmeras propostas, finalmente, em 2006 foi sancionada a Lei n. 11.417, que regulamenta o disposto no art. 103-A, da Constituição Federal, a qual modificou a Lei n. 9.784/99, disciplinando então a criação, edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

O dispositivo constitucional citado, com redação dada pela EC n. 45/2004, em seu *caput*, prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá, por provocação ou de ofício, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de repetidas decisões de matérias constitucionais, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 de dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>. Acesso em: 18 de setembro de 2009.

municipal a partir de sua publicação na imprensa oficial, bem como dar seguimento à sua revisão ou cancelamento, na forma de lei específica.

Com isso tem-se que a súmula vinculante impõe a obrigação da aplicação do seu entendimento pelos órgãos citados no dispositivo constitucional, ou seja, fica vedada qualquer tipo de decisão ou entendimento contrário ao conteúdo sumular. É nesse sentido que a súmula vinculante se diferencia da súmula, pois a aplicação da primeira é de caráter vinculante e obrigatório, enquanto que a segunda possui caráter consultivo e facultativo.

2.1.2 Requisitos e finalidade da súmula vinculante

Para a aprovação de uma súmula tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, o dispositivo constitucional invoca dois requisitos, de forma expressa, indispensáveis a isso, quais sejam, o *quorum* mínimo de dois terços dos membros do Tribunal e limitar-se a matéria constitucional, depois de reiteradas decisões. Ressalte-se, ainda, que o procedimento a ser adotado para tanto será previsto em lei.

A finalidade da súmula vinculante, segundo o entendimento de Fernando Capez é assegurar o princípio da igualdade, evitando que uma mesma norma seja interpretada de formas distintas para situações fáticas idênticas, criando distorções inaceitáveis, e, ainda, desafogar o Supremo Tribunal Federal de processos com repetição exaustiva de casos cujo efeito decisório já se conhece.⁴⁷

Alguns doutrinadores argumentam que a súmula vinculante se traduz em um engessamento do raciocínio jurídico e da interpretação das leis. Contudo, é preciso esclarecer que em casos que não haja identidade fática entre a matéria apreciada no caso concreto e aquela objeto de súmula, desobrigará a aplicação dessa, desde que de forma fundamentada.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 de dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>. Acesso em: 18 de setembro de 2009.

Gilmar Ferreira Mendes entende que a súmula se constitui em um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente poderá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.⁴⁸

Afastar-se da orientação jurisprudencial vinculada é descumprir uma decisão judicial, e, por isso, qualquer um poderá valer-se de uma reclamação judicial para invocar a aplicação sumular.

Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes entende que do ato administrativo ou de decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao STF, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e, ainda, determinará que outra decisão seja proferida, conforme cada caso.⁴⁹

Ressalte-se que em se tratando de descumprimento administrativo, somente caberá a reclamação para o Supremo Tribunal Federal depois de esgotadas as vias administrativas, onde a autoridade administrativa irá explicar as razões da aplicação ou não do entendimento sumular.

Sendo assim, o próprio Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada, pois tem a responsabilidade de demonstrar e produzir segurança jurídica para os jurisdicionados, e, ainda, para os demais tribunais.

Nesse sentido o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

A afirmação que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal Federal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida *cum granu salis*. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar.⁵⁰

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3 ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 967-968.

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 563.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3 ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 971.

Os requisitos para edição de uma súmula vinculante – aprovação por maioria de 2/3 pelos membros do STF, ter a finalidade de superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas⁵¹ e a preexistência de reiteradas decisões sobre uma determinada matéria constitucional-, definem e delimitam o conteúdo abordado nas súmulas vinculantes.

O último requisito citado, qual seja, a relevante multiplicação de processos sobre uma determinada questão idêntica, expõe uma importante finalidade das súmulas vinculantes, a preservação do princípio da igualdade, ou seja, a necessidade de interpretar a norma jurídica para situações idênticas que se repetem em diversos processos.⁵²

Por último, ressalte-se a existência da necessidade da atuação do Procurador-Geral da República, que deverá manifestar-se previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, nas propostas que não houver formulado.⁵³

A Lei n. 11.417/06, em seu art. 4º, possibilitou a manipulação ou controle temporal dos efeitos advindos das súmulas vinculantes, mediante a votação com a aprovação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal. Poderá então restringir os efeitos vinculantes ou determinar que só tenha eficácia a partir de um determinado momento, haja vista a segurança jurídica ou de excepcional interesse público.⁵⁴

2.1.3 Revisão e cancelamento da súmula vinculante

Partindo da premissa que o ser humano, a sociedade e o ordenamento jurídico estão em constante mudança, é mais que necessário, é de extrema importância haver a possibilidade de revisar ou cancelar o conteúdo de uma súmula vinculante.

A Lei n. 11.417/2006 regulamentou o art. 103-A, da CF/88, disciplinando a criação, revisão e o cancelamento da súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 968.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 558.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 558.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 559.

Vale ressaltar o entendimento de Alexandre de Moraes que reforça a possibilidade de mutação e evolução do direito sumular. Afirma que a Lei n. 11.417/06 estabeleceu que, revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição do enunciado, o STF, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.⁵⁵

A hipótese de revisão, presente no ordenamento jurídico, abre espaço para que o entendimento sumular se adeque às necessidades da sociedade e do ordenamento jurídico, e, ainda, revisar eventuais erros na escrita do seu conteúdo.

Assim como a edição da súmula vinculante é cercada de requisitos, e, entre eles a existência de reiteradas decisões sobre a matéria, a sua alteração dependerá da ocorrência de uma discussão reiterada, fundamentada e cuidadosa.

Ressalte-se que o argumento de que a súmula vinculante impede ou barra as mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico não procede, haja vista que há previsão constitucional de revogação e revisão dos seus enunciados.⁵⁶

Nesse contexto, conclui-se que a possibilidade de revisar e cancelar um entendimento já consolidado em uma súmula vinculante permite que o seu ordenamento, quanto aos seus fundamentos, não fique engessado, ou seja, abre a oportunidade de superar o seu entendimento.

2.1.4 A Súmula Vinculante n. 4 do STF

Após ultrapassar todos os requisitos para edição e aprovação de uma súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal no dia 9 de maio de 2008 publicou a Súmula Vinculante n. 04 com o entendimento de que “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 563.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 970.

As referências legislativas utilizadas para a edição da súmula estão compreendidas na Constituição Federal de 1988, nos arts. 7, incisos IV e XXIII, 39, § 1º e § 3º, 42, § 1º e 142, § 3º, inciso X.⁵⁷

Com o advento desse novo precedente vinculante, a base de cálculo do adicional de insalubridade deverá ser analisada sob a premissa de que o salário mínimo não mais poderá ser indexador do cálculo de vantagem nem para servidor público nem para empregado, e, ainda, não poderá ser substituído por decisão judicial.

Com isso, a repercussão na Justiça do Trabalho é altamente relevante, pois o adicional de insalubridade tinha como base de cálculo o salário mínimo, e, a partir do entendimento sumulado vinculante ficou vedada a utilização desse para tanto.

Saliente-se que caso não houvesse a vedação de substituir a base de cálculo do adicional em comento por decisão judicial, poder-se-ia cogitar tal hipótese para criar um novo adicional na prática.

É importante não se esquecer que o adicional de insalubridade é um direito que deve ser percebido pelo trabalhador que se enquadra nos requisitos necessários para tanto. Nesse sentido entende Kátia Magalhães Arruda que o fato de o salário mínimo não se adequar à nova ordem constitucional como base de cálculo para a parcela, assim como a lacuna legislativa acerca da questão e a impossibilidade de fixar um novo indexador por meio de decisão judicial, não podem implicar na supressão do pagamento desse direito, até porque isso afrontaria o escopo do art. 7º da CF/88.⁵⁸

Partindo desse entendimento passa-se à análise das possibilidades de fixação do *quantum* devido em relação ao adicional de insalubridade e sua repercussão na jurisprudência do TST.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=bas e SumulasVinculantes>. Acesso em 23 de outubro de 2009.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. N. 393500-09.2008.5.12.0034. 5º Turma. Ministra Kátia Magalhães Arruda. DEJ de 19.02.2010 Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em: 28 de abril de 2010.

2.2 Insalubridade – fixação do *quantum* devido

2.2.1 Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho

A base de cálculo do adicional de insalubridade foi matéria sumulada pela primeira vez em 24, 25 e 26 de setembro de 1985 pelo TST, que constava, apenas, que o percentual do adicional de insalubridade incidia sobre o salário mínimo referente ao art. 76 da CLT.⁵⁹

Em novembro de 2003 a sua redação foi alterada, mediante a Res. 121/2003,⁶⁰ mantendo-se o entendimento nela contido, e acrescentando-se ao final do verbete a ressalva da aplicação do salário mínimo nas hipóteses da Súmula n. 17 do mesmo Tribunal.

Desde então, até o início de 2008 o entendimento sumular era aplicado de forma consolidada e unificada pelos Tribunais Regionais, e, claro pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho.

A Resolução 148, de maio de 2008, alterou a redação da súmula⁶¹ em comento passando a conter o entendimento de que a partir de nove de maio de 2008, que é a data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade deverá ser calculado sobre o salário básico, ressalvada a hipótese de existência de critério mais vantajoso que seja fixado em instrumento coletivo.

Contudo, a aplicação desse entendimento não prosperou, pois o STF, na Reclamação n. 6.266-0 (DJE de 5.8.2009), suspendeu liminarmente a aplicação dessa súmula na parte em que permite usar o salário básico para calcular a base de cálculo do adicional em estudo.

⁵⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

⁶⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2009.

⁶¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

2.2.2 *Súmula n. 17 do Tribunal Superior do Trabalho*

A redação original da Súmula n. 17 do TST se deu em 21.08.1969, em 1994 foi cancelada e posteriormente em 21.11.03 foi restaurada⁶² com o entendimento de que o adicional de insalubridade devido a um empregado que por convenção coletiva, por força de lei ou sentença normativa perceba o salário profissional, será sobre esse calculado.

Entretanto, o verbete sumular foi cancelado na sessão do Tribunal Pleno, realizada em 26.06.2008, mediante a Res. n. 148/2008, publicada no DJ 04 e 07.07.2008 e republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008.⁶³

Ressalte-se que o cancelamento da súmula em comento foi feito na mesma oportunidade da alteração da redação da Súmula n. 228 da mesma Corte Trabalhista, a qual teve a sua aplicação liminarmente suspensa, como já visto.

2.3 **Aplicação no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho e no Superior Tribunal do Trabalho antes da Súmula Vinculante n. 04**

Não obstante a vedação da utilização do salário mínimo como indexador de qualquer base de cálculo de vantagem para os trabalhadores, até o início de 2008 o entendimento pacífico e consolidado na Justiça do Trabalho, de uma forma geral, era a utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 2 DA SBDI-1 E SÚMULA 228, AMBAS DO TST. 1. Nos termos da Súmula 228 e da Orientação Jurisprudencial 2 da SBDI-1, ambas do TST, o adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo, mesmo na vigência da Constituição Federal atual, sendo precedentes do STF que caminham na mesma esteira: STF-AgR-AI-511.641/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 17/12/04; STF-RE-340.275/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 22/10/04; STF-AI-623.341/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ de 03/04/07. 2. Nesse contexto, a decisão proferida pelo Tribunal -a quo-, segundo a qual a base de cálculo do adicional em

⁶² TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

⁶³ REVISTAS UNIFACS. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/552/395 Acesso em: 6 de novembro de 2009.

comento devia ser a remuneração do Obreiro, merece reforma, no sentido de adequar-se à jurisprudência pacificada desta Corte Superior. Recurso de revista provido.⁶⁴

RECURSO ESPECIAL - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO A jurisprudência desta Corte está consubstanciada na Súmula nº 228 e na Orientação Jurisprudencial nº 2 da SBDI-1, que definem como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo. Recurso de Revista conhecido e provido.⁶⁵

RECURSO DE REVISTA. (...)ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. De conformidade com a jurisprudência do TST, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo. Aplicação da OJ 2/SDI-I e da Súmula 228/TST (Ressalvado entendimento pessoal da Ministra Relatora).⁶⁶

RECURSO. ADMISSIBILIDADE. Ausente a impugnação específica aos fundamentos adotados pela sentença, torna-se inviável o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula nº 422 do c. TST. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.** ‘O adicional de insalubridade deve ser calculado, ordinariamente, sobre o salário mínimo. Todavia, percebendo o empregado salário fixado em lei, acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa, sobre este incidirá sua base de cálculo’.⁶⁷

(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Embora o cálculo do adicional de insalubridade seja feito, via de regra, com base no salário mínimo, nos termos do artigo 192 da CLT, se o empregado perceber salário profissional decorrente de norma coletiva ou de preceito de lei, a parcela deverá ser sobre este calculada, conforme entendimento sedimentado na Súmula nº 17 do col. TST.⁶⁸

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. No entendimento da Turma Julgadora, deve ser considerado como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo de que trata o art.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. **RR n. 265/2005-119-08-00.0.** 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT: 14/11/2007. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 3 de novembro de 2009.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 265/2005-119-08-00.0.** 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT: 14/11/2007. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 3 de novembro de 2009.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 791408/2001.3.** 6ª Turma. Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. DJE: 08/08/2007. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 3 de novembro de 2009.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário. N. 01145-2006-013-10-00-3.** 2ª Turma. Relator Desembargador João Amílcar. DJU de 10/04/06. Disponível em: www.trt10.jus.br. Acesso em: 3 de novembro de 2009.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário. N. 00602-2007-003-10-00-6.** 1ª Turma. Maria Regina Machado Guimarães. DJU de 14/12/2007. Disponível em: www.trt10.jus.br. Acesso em: 4 de novembro de 2009.

76, da Consolidação das Leis do Trabalho. Nega-se provimento ao recurso ordinário do reclamante.⁶⁹

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do adicional de insalubridade continua sendo o salário mínimo, conforme Súmula 228 do col. TST, salvo a existência de salário profissional ou normativo (Súmula 17 do col. TST). O inciso XXIII do artigo 7º da CF não deve ser interpretado gramaticalmente, mesmo porque referido artigo utiliza as expressões “salário” e “remuneração” em doze oportunidades, com diferentes significados. Por isso, ao se referir ao adicional de remuneração para as atividades insalubres, na forma da lei, o citado inciso XXIII garantiu a aplicabilidade do artigo 192 da CLT.⁷⁰

Os precedentes supracitados foram consolidados mediante a utilização da Súmula n. 228 do TST, de 21 de outubro de 2003, que determinava que o percentual do adicional de insalubridade incidisse sobre o salário mínimo.

A base de cálculo seria diferenciada para aqueles empregados que por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebessem salário profissional, e sobre esse calculado, conforme a Súmula n. 17 do TST.

Nesse sentido:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SÚMULA 17 DO TST. Regra geral, a base de cálculo do adicional de insalubridade é, efetivamente, o salário mínimo; ressalva-se apenas o específico caso de empregado que receba salário profissional, devido por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa. Nesse tema, as Súmulas 17 e 228 do C. TST pacificaram a interpretação do artigo 192 da CLT, estabelecendo que o percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o artigo 76 da CLT, salvo nas hipóteses em que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa o empregado perceba salário profissional, quando o adicional será calculado sobre este. Apesar da discussão doutrinária sobre o que seja salário profissional, os termos da Súmula 17 do C. TST autorizam a conclusão de que ele não é necessariamente estabelecido em lei, podendo sê-lo por força de instrumento normativo coletivo. Existindo nos autos acordos coletivos de trabalho

⁶⁹ BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Recurso Ordinário. N. 01258-2007-401-04-00-5**. 1º Vara do Trabalho de Caxias do Sul. Relator: Leonardo Meurer Brasil. DJU de 17/01/2008. Disponível em: www.trt4.jus.br. Acesso em: 4 de novembro de 2009.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário. N. 00226-2007-016-03-00-4**. 3ª Turma. Relator César Pereira da Silva Machado Júnior. DJU de 29/09/2007. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 4 de novembro de 2009.

fixando piso salarial para a categoria profissional da reclamante, sobre esse piso deve ser calculado o adicional de insalubridade a ela devido.⁷¹

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/1988: salário mínimo- (Orientação Jurisprudencial nº 2 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho). -Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17- (Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho). Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.⁷²

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SÚMULA Nº 228 DO TST. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o artigo 76 da CLT. Inteligência da Súmula nº 228 do C. Tribunal Superior do Trabalho, que se harmoniza com a da Súmula nº 17 do mesmo C. TST, visto que na hipótese não há falar em salário profissional. Recurso da reclamante a que se nega provimento.⁷³

Os arestos acima colacionados fundamentam-se na aplicação da Súmula n. 17 do TST para aqueles que se enquadram na hipótese do verbete.

Depois de explicado o instituto da súmula vinculante, demonstrado a repercussão na jurisprudência do TST e de colacionar o entendimento dos Tribunais Trabalhistas antes da súmula em estudo, tem-se o momento oportuno para analisar, de fato, o entendimento dos Tribunais em face da nova realidade trazida pelo verbete vinculante.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário. N. 00305-2007-012-03-00-0.** 2ª Turma. Relatora Juíza Convocada Maria Cecília Alves Pinto. DJU de 19/12/2007. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 4 de novembro de 2009.

⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 35894/2002-900-09-00.3.** 7ª Turma. Relator Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus. DJE: 22/02/2008. Disponível em: www.tst.jus.br, acesso em: 5 de novembro de 2009.

⁷³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão Nº 2004049.** Magistrada Anelia Li Chun. DJ 06/03/2007. Disponível em: http://br.vlex.com/vid/55431798?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=155193&query%5Bcoleccion_id%5D=172&query%5Bct_resultados%5D=736&query%5Bfrase%5D=adicional+insalubridade+s%C3%BAmula+17+2007&query%5Bfrom_idioma%5D=PT&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28adicional+AND+insalubridade+AND+sumula+AND+17+AND+2007%29+OR+titulo%3A%28adicional+AND+insalubridade+AND+sumula+AND+17+AND+2007%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score. Acesso em 06 de novembro de 2009.

3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS EM FACE DA SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Depois de explanadas todas as informações necessárias para adentrar no enfoque principal do estudo, qual seja a base de cálculo do adicional de insalubridade, agora é possível analisá-la de forma crítica e completa, verificando a postura dos tribunais nos julgamentos onde é postulado o pagamento do adicional de insalubridade.

Como já ressaltado, o fundamento de apoio para o cálculo do adicional de insalubridade, em regra, até o início de 2008, era o salário mínimo. Esse entendimento, conforme demonstrado no capítulo anterior, foi consolidado na jurisprudência dos 24 Tribunais Regionais e nacionalmente unificado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário n. 565714 – que possui repercussão geral, no sentido de que a utilização do salário mínimo como indexador do adicional de insalubridade ofenderia a Constituição Federal, mais precisamente o inciso IV do art. 7º.

A ação foi proposta por policiais militares paulistas, com o intuito de ser utilizado o total dos vencimentos recebidos pelos servidores como base de cálculo do adicional de insalubridade e não o salário mínimo, conforme a determinação da LC n. 432/85 de São Paulo.⁷⁴

O entendimento dos ministros da Suprema Corte foi no sentido de que, independentemente da vedação da utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, não poderá ocorrer a substituição da base de cálculo através de mera interpretação da legislação, e sim por lei ordinária.⁷⁵

Carmém Lúcia Antunes Rocha foi a relatora do processo em comento, consignando o seguinte entendimento em seu ementário:

⁷⁴ MIGALHAS. **STF decide que vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo é inconstitucional.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=59653. Publicada em 5 de maio de 2008. Acesso em: 5 de novembro de 2009.

⁷⁵ MIGALHAS. **STF decide que vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo é inconstitucional.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=59653. Publicada em 5 de maio de 2008. Acesso em: 5 de novembro de 2009.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo. 2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X). 3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez. 4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.⁷⁶

A decisão foi unânime, e nesse mesmo julgamento foi suscitada a possibilidade de edição de uma súmula vinculante declarando a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo para qualquer tipo de vantagem, inclusive para o adicional de insalubridade.

Em 30 de abril de 2008, houve sessão ordinária no pleno do Supremo Tribunal Federal, onde ocorreram debates sobre a edição do verbete vinculante relativo à vedação da utilização do salário mínimo como base de cálculo para aferição de qualquer tipo

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. N. 565714**. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Carmém Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=565714&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 05 de novembro de 2009.

de vantagem. Depois de encerrados os debates houve a aprovação de um novo verbete sumular.

A Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal foi publicada no DJ em 09 de maio de 2008, determinando que, salvo nos casos previstos constitucionalmente, o salário mínimo não poderá ser utilizado como indexador de base de cálculo de vantagem de empregado ou servidor público, e tampouco ser substituído por decisão judicial.

Oportuno, salientar o entendimento de Antônio Barros Levenhagem, do TST, no RR-14100-53.2008.5.09.0567, sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade e sobre o aresto supracitado:

(...) O STF, ao editar a Súmula Vinculante nº 4, conquanto houvesse no seu enunciado referência à proibição de se eleger outra base de cálculo do adicional de insalubridade, por meio de decisão judicial, o que iria na contramão da cláusula pétrea da inderrogabilidade da jurisdição, a teor do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, pretendia salientar a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo que no entanto continuaria a ser utilizado enquanto aquela não fosse superada por meio de lei ou convenção coletiva.

A Ministra Carmem Lúcia, que foi Relatora do RE Nº 565.714-1/SP, e cujo voto levava esta Corte à conclusão de que seria possível, no âmbito do Direito do Trabalho, eleger outra base de cálculo do adicional de insalubridade, em função da qual elegera o salário básico, ao dar nova redação à Súmula 228 do TST, por meio de decisão monocrática proferida na Reclamação nº 6.830/PR, datada de 21/10/2008, acabou por aderir à liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Na ocasião, Sua Excelência deixou consignado que “Inexiste até a presente data lei ou convenção coletiva que regule a matéria, razão pela qual, embora inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador ou base de cálculo para fins de fixação de adicional de insalubridade”, arrematando com o indeferimento da medida liminar porque a decisão, objeto da Reclamação, ao priorizar o salário mínimo, não contrariara a onipresente Súmula Vinculante nº 4.

Daí sobressai incontestável a violação literal e direta do artigo 192 da CLT, uma vez que até o momento não foi editada lei ou convenção coletiva em

que tenha sido fixada outra base de cálculo do adicional de insalubridade, tal como preconizado no precedente da aludida Súmula Vinculante do STF.⁷⁷

Depois de expostos todos os conceitos, regramentos constitucionais e legais a respeito do tema, poder-se-á sistematizar e averiguar a repercussão e o entendimento aplicado nos tribunais.

3.1 Teoria do direito constitucional alemão – ‘*Unvereinbarkeitserklärung*’

Observando-se a parte final da Súmula Vinculante n. 4 e depois de analisar as súmulas do TST e a súmula vinculante do STF, chega-se ao momento oportuno de explanar a técnica decisória que foi utilizada pelo STF no RE-565-714/SP, que resultou da declaração da inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

No julgamento supracitado da Relatora Carmem Lucia Antunes Rocha, a Suprema Corte colocou-se como intermediária entre duas soluções opostas.

Uma das soluções foi proposta por Carmem Lúcia Antunes Rocha que defendeu o engessamento do valor do salário mínimo e a aplicação dos reajustes salariais. Seu entendimento foi rejeitado sob o fundamento de que não poderia provocar um critério mais desfavorável, haja vista que o salário mínimo é reajustado em percentuais mais altos que os da inflação anual e a outra solução, apresentada pelos autores da ação, era da utilização da remuneração como base de cálculo.⁷⁸

É importante ressaltar que o Direito do Trabalho ampara o empregado a fim de sempre buscar a forma mais justa e mais benéfica a ele. Nesse mesmo sentido Ives Gandra

⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. N. 14100-53.2008.5.09.0567. 4º Turma. Relator Ministro Antônio Barros Levenhagem. DEJT - 19/03/2010. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. N. 656/2005-042-15-00.5 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

da Silva Martins Filho se posiciona dizendo que não poderia o Judiciário decidir de forma mais gravosa aos trabalhadores que recorrem à justiça.⁷⁹

No julgamento supracitado a tese vencedora foi a proposta pelo Ministro Antônio Cezar Peluso no sentido de não adotar nenhum novo parâmetro para substituir o salário mínimo.⁸⁰

Para resolver o impasse o STF adotou uma técnica decisória da doutrina constitucional alemã chamada '*Unvereinbarkeitserklärung*', que é a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. A norma, mesmo sendo declarada inconstitucional, continua a orientar as relações obrigacionais, haja vista a impossibilidade do Poder Judiciário se substituir ao legislador para criar um novo critério para regular a matéria.⁸¹

No direito brasileiro a Lei n. 9.868/99, no art. 27, faz referência a essa técnica, baseado na segurança jurídica ou na razão excepcional do interesse social, conferindo ao STF a possibilidade de restringir os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade ou de decidir que ela somente tenha eficácia no momento do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁸²

Em relação à base de cálculo do adicional de insalubridade esse entendimento foi aplicado, em especial, à restrição da declaração de inconstitucionalidade ter eficácia somente a partir do momento que vier a ser fixado, pelo legislador, um novo parâmetro para a base de cálculo do referido adicional.

Seguindo essa mesma linha, Ives Gandra da Silva Martins Filho entendeu que, embora o art. 192 da CLT e a Súmula n. 228 do TST tenham sido declarados

⁷⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5** 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5** 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5** 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

⁸² BRASIL. **Lei n. 9.868/99, Art. 27** "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm, acesso em 25.03.10.

inconstitucionais, a Súmula Vinculante n. 4 do STF, em sua parte final, veda a criação de um novo critério por decisão judicial. Sendo assim, até que seja editada uma norma legal que estabeleça um novo indexador para a base de cálculo do adicional de insalubridade distinta do salário mínimo, continuará sendo aplicado esse mesmo critério para tanto.⁸³

Nesse sentido, é importante ressaltar o ementário do julgado que motiva a explanação dessa técnica no presente estudo:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG). SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. 1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Rejeitou, inclusive, a tese da conversão do salário mínimo em sua expressão monetária e aplicação posterior dos índices de correção dos salários, uma vez que, sendo o reajuste do salário mínimo mais elevado do que a inflação do período, restariam os servidores e empregados postulantes de uma base de cálculo mais ampla prejudicados ao receberem como prestação jurisdicional a redução da vantagem postulada. 2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no Direito Constitucional Alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (-Unvereinbarkeitserklärung-), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. 3. O Direito Constitucional pátrio encampou tal técnica no art. 27 da Lei 9.868/99, o qual dispõe que, -ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado-. -In casu-, o momento oportuno fixado pela Suprema Corte foi o da edição de norma que substitua a declarada inconstitucional. 4. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional. Reforça tal convicção o fato de o STF ter cassado, em liminar, tanto a nova redação da Súmula 228 do TST, que estabelecia, após a Súmula Vinculante 4 do STF, o salário básico como parâmetro para o

⁸³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5**. 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

adicional de insalubridade (Reclamação 6.266-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05/08/08), quanto decisão judicial que substituíra o salário mínimo pelo piso salarial da categoria (Reclamação 6.833-PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 28/10/08). Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.⁸⁴

O STF cassou, em liminar, a nova redação da Súmula n. 228 do TST que estabelecia o salário básico como base de cálculo para o adicional de insalubridade⁸⁵, como também a decisão judicial⁸⁶ que substituíra o salário mínimo pelo piso salarial de uma categoria⁸⁷.

Ives Gandra da Silva Martins Filho já havia se manifestado a respeito desse tema em 1992:

Quanto à substituição do salário mínimo por outro indexador, no sentido de superar a inconstitucionalidade apontada, não compete ao magistrado fazê-lo, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade das leis, quer de forma concentrada, quer de forma difusa, somente pode atuar como legislador negativo, isto é, expungindo da ordem jurídica a lei não compatível com a Constituição, mas não como legislador positivo, estabelecendo regra que substitua a inconstitucional, como seria o caso de se determinar a indexação com base na TR ou outro indexador semelhante. Assim, o que se observa é que o reflexo da norma constitucional vedativa da vinculação ao salário mínimo gera efeitos não buscados diretamente pelo constituinte nem desejáveis para a ordem social. Daí a necessidade, não apenas da urgente elaboração legislativa de novo diploma compatível com a Carta Magna, mas de se encontrar solução para o problema enquanto perdure a situação de inconstitucionalidade das normas legais supra-referidas, não substituídas por outras. Para tanto, encontramos no Direito Comparado manancial fértil de experiências, que podem servir-nos de exemplo de soluções possíveis para o problema. Mais concretamente, gostaríamos de trazer à reflexão o que nos sugere o Direito Constitucional Alemão, em termos de controle de constitucionalidade das leis, tal como nos refere GILMAR FERREIRA MENDES em seu trabalho ‘O Apelo ao Legislador - Appellentscheidung - na Praxis da Corte Constitucional Federal Alemã’ (in Revista do Ministério Público do Trabalho-, Ano II - nº 3 - março de 1992, LTr - São Paulo, pgs. 69-96). Na Alemanha, o controle de constitucionalidade das leis não é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, mas por um órgão especial, que não compõe a estrutura do Poder Judiciário: o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal). Tal Corte

⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5** 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 6.266-MC/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ de 05.08.08. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 26.03.10.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.833-PR**. Tribunal Pleno. Reator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 28.10.08. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 26.03.10

⁸⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5** 7º Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT - 06/02/2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

tem desenvolvido novas técnicas de decisão, a par das tradicionais de declaração da constitucionalidade, ou não, da lei, que poderiam ser elencadas basicamente em 3 espécies: a) a interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) - pela qual a Corte não declara inconstitucional a lei, mas aponta para a interpretação que a tornará compatível com a Lei Fundamental, havendo, assim, uma decretação parcial de inconstitucionalidade, referente a alguns dos sentidos em que a lei poderia ser interpretada (há uma redução no âmbito de aplicação da lei, mas sem anulá-la); b) o apelo ao legislador (Appellentscheidung) - em que o Tribunal reconhece a lei como ainda constitucional, mas que, se o legislador não providenciar a reforma legal, a situação fática cambiante acabará por tornar inconstitucional a lei que continua a disciplinar tal realidade social (a Corte cumpre, nesse caso, a função de advertência do legislador, para que tome as providências no sentido de evitar a situação de inconstitucionalidade); e c) a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung) - quando o Tribunal, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da lei, deixa de expungir-la do ordenamento jurídico tendo em vista o caos jurídico que o vazio legislativo ocasionaria (a lei continuaria vigente e sendo aplicada até que seja substituída por outra que discipline a matéria). É justamente esta última técnica decisória que nos parece aplicável à hipótese do art. 2º, § 4º, da Lei 5584/70 (alçada trabalhista) e do art. 192 da CLT (adicional de insalubridade), quando confrontados com o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal. (...) Portanto, parece-nos solução possível para o problema a do simples reconhecimento da inconstitucionalidade de tais normas legais, sem que se decrete formalmente sua inconstitucionalidade, com a continuação de aplicação das mesmas até que outras lhes tomem o lugar, evitando, dessarte, o vazio legislativo, pior para a ordem jurídica e social do que uma possível desconformidade com a Carta Maior do país.⁸⁸

Dessa forma, mesmo sendo declarada a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo ele continuará a ser utilizado até que uma nova norma seja editada, posteriormente, em um momento oportuno já que o Poder Judiciário não pode se usurpar da função do legislador para estabelecer um novo critério.

3.2 Definição de salário, de forma geral

De forma geral, primeiramente, é preciso esclarecer o conceito de salário. A CLT usa o termo salário indicando os seus componentes e fixa as regras, nos arts. 457 e ss., mas não o define. Sendo assim, o conceito de salário utilizado hoje no mundo jurídico brasileiro é doutrinário.

⁸⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, **Vedação Constitucional à Utilização do Salário Mínimo como Indexador. Problemas do Adicional de Insalubridade e da Alçada. Experiência do Direito Comparado para Solução da Questão**. Revista LTr de abril de 1992. p. 410-411.

A CLT utiliza as expressões salário e remuneração, as quais por muitas vezes são definidas de forma arbitrária e errônea como se tivessem o mesmo significado.

Contudo, é importante registrar que remuneração, de acordo com o entendimento do Renato Saraiva é o somatório da contraprestação paga diretamente pelo empregador, em utilidades ou pecúnia com a quantia recebida pelo obreiro de terceiros, a título de gorjeta. Em suma é o somatório entre salário e gorjeta.⁸⁹

Em face da existência de uma relatividade quanto ao conceito de salário, há uma dificuldade em defini-lo. Contudo, não há dúvida de que é uma qualificação jurídica importante para o Direito do Trabalho, Previdenciário e Tributário.⁹⁰

Salário em sua origem no latim, *salarium*, quer dizer sal, o qual foi utilizado em Roma como forma de pagamento, como moeda de troca.⁹¹

A princípio, de modo amplo ou até mesmo pelo senso comum inerente à sociedade, o salário foi definido como a contraprestação do trabalho, e por isso foi alvo de muitas críticas, tendo em vista que o empregado poderá perceber o salário mesmo que não haja prestação laboral. Isso acontece quando ocorre alguma situação que interrompa o contrato de trabalho, como, por exemplo, nas férias.

Entretanto, esse conceito restou ultrapassado e insuficiente para a definição de salário.

No sentido econômico, o salário pode ser definido como a contraprestação do trabalho, considerando este como o conjunto da força dos trabalhadores utilizada pelo capital.⁹²

Para Amauri Mascaro Nascimento, salário é o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não apenas como contraprestação do

⁸⁹ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 165.

⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 332.

⁹¹ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 167.

⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 332.

trabalho, e, também pelos períodos em que estiver a disposição daquele aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força legal.⁹³

Já para Renato Saraiva o conceito de salário se resume na contraprestação paga diretamente pelo empregador, seja em dinheiro, seja em utilidades como alimentação e habitação.⁹⁴ O mesmo doutrinador ainda ressalta a possibilidade de parte da contraprestação ser paga em dinheiro e parte em *in natura*, sendo, portanto, de natureza composta.⁹⁵

Ademais, é importante registrar algumas características do salário, como o caráter alimentar e forfetário⁹⁶, a comutatividade, a irredutibilidade salarial, a possibilidade de natureza composta, devido após a prestação de serviço, continuidade do salário, sinalagmático e possui determinação heterônoma.⁹⁷

3.3 Aplicação do salário mínimo e salário básico como base de cálculo

Observando a parte final da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, alguns tribunais mantiveram como base de cálculo o salário mínimo, conforme previsto no art. 192 da CLT.

Para melhor analisar a questão, mister se faz definir salário mínimo e salário básico, para diferenciá-los das demais modalidades salariais que serão posteriormente apresentadas.

3.3.1 Salário Mínimo

De acordo com o art. 7º da Constituição Federal, salário mínimo é aquele fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de suprir o trabalhador em suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário,

⁹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 332.

⁹⁴ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 167.

⁹⁵ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 167.

⁹⁶ SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 232 “Caráter forfetário: uma vez executado o trabalho, o salário é sempre devido. Mesmo que o empregado seja dispensado por justa causa fará jus o obreiro ao salário dos dias trabalhados”.

⁹⁷ SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 231- 232.

higiene, transporte e previdência social, e, ainda, deverá ter reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Nesse contexto, mediante a interpretação do artigo constitucional supracitado pode-se concluir que é garantido ao empregado que o salário mínimo será fixado somente por lei, que a sua unificação é nacional, que o seu valor deverá ser mantido através de reajustes periódicos a fim de preservar o seu poder aquisitivo, que as suas necessidades vitais e de sua família sejam atendidas, e, por fim, que o salário mínimo não deverá ser utilizado como fator básico para reajustes de preços ou honorários previstos em contratos.⁹⁸

O que se pretende, na verdade, é que o salário mínimo possa proporcionar a sobrevivência do trabalhador e de seus familiares⁹⁹

Registre-se que o salário mínimo foi criado em 1930 pelo Decreto-lei n. 388, o qual era fixado pelas comissões regionais partidárias, compostas por empregados e empregadores.¹⁰⁰ Essa lei dispunha que, em relação ao âmbito geográfico de aplicação do salário mínimo, esse podia ser nacional ou regional.¹⁰¹ Contudo, hoje o salário mínimo no Brasil é nacionalmente unificado, conforme a ordenança constitucional inserta no art. 7º, inciso IV.

O art. 76 da CLT dispõe que o salário mínimo corresponde à contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, sem exclusão do trabalhador rural, por dia normal de trabalho, sem distinção de sexo, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do país, as suas necessidades normais de habitação, vestuário, alimentação, higiene e transporte.

O salário mínimo pode ser conceituado como um salário horário, diário ou mensal.¹⁰² O art. 117 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que a remuneração auferida pelo empregado não pode ser inferior ao salário mínimo estabelecido na região¹⁰³, sob pena de nulidade absoluta, e, além disso o empregador que o fizer se sujeitará às sanções

⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 352.

⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 308.

¹⁰⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 307.

¹⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 309.

¹⁰² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 351.

¹⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 351.

do art. 121 do mesmo diploma legal. É, portanto, inderrogável, não possuindo nenhuma validade ato do empregado para dele abrir mão.¹⁰⁴

O salário mínimo poderá, ainda, ser definido como o menor valor que a lei permite que seja pago pelo empregador ao empregado, para que este satisfaça às suas necessidades básicas e as de sua família.¹⁰⁵

Glaucia Barreto afirma que o salário mínimo pode ser entendido como a importância devida ao empregado, que não varia em virtude de sua produtividade.¹⁰⁶

Ressalte-se que a gorjeta não se inclui no salário mínimo, isto porque não é paga pelo próprio empregador, e sim por terceiros¹⁰⁷.

O art. 78 da CLT assegura ao trabalhador, quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal.

O parágrafo único do artigo em comento também resguarda o direito de receber um salário mensal correspondente ao mínimo legal para aqueles que percebem salário por comissão ou porcentagem, em que uma parte do salário é fixa e a outra é variável. Corroborando com esse entendimento tem-se a previsão constitucional no inciso VII do art. 7º, e, ainda, o art. 1º da Lei n. 8.716/93 que determina que o salário mensal nunca deve ser inferior ao mínimo legal para os que percebem remuneração variável.

O salário mínimo, conforme disposto no art. 7º, inciso XIII, da CF/88, corresponde a uma jornada normal de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Por força do disposto no art. 82 da CLT, se o empregador fornecer alguma parcela do salário em utilidade, a parcela em dinheiro deverá corresponder ao valor do salário mínimo subtraído da parcela fornecida.¹⁰⁸

¹⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 351.

¹⁰⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed, rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 484.

¹⁰⁶ BARRETO, Glaucia. **Curso de direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008. p. 223.

¹⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 309.

É importante ressaltar que o empregado que auferir salário inferior ao mínimo legal, independentemente de contrato ou convenção, terá direito de postular na Justiça do Trabalho as diferenças devidas, conforme disposto no art. 118 da CLT.

Registre-se que o art. 7º, inciso VI, dispõe sobre a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.¹⁰⁹ O que se questiona é: pode tal redução chegar a um salário inferior ao mínimo? Defende-se no presente trabalho que não, ou seja, a redução poderá ser feita desde que não afete o salário mínimo, pois é a contraprestação mínima devida ao empregado.

O salário mínimo, para o Direito do Trabalho deve ser dotado de imperatividade, generalidade, irrenunciabilidade e intransacionabilidade.¹¹⁰

Amauri Mascaro Nascimento entende que há três tipos de salário mínimo: o geral, o profissional e o de categoria. O geral é devido a todo empregado. O profissional é assegurado aos exercentes de uma profissão e o de categoria ou piso salarial é aquele fixado por instrumento coletivo de trabalho.¹¹¹ Ressalte-se, porém, que no presente estudo aborda-se o salário mínimo geral, sendo que o profissional e o da categoria, bem como a modalidade de salário normativo serão tratados quando da abordagem da Súmula n. 17 do TST.

O Tribunal Superior do Trabalho depois da Súmula Vinculante n. 4 do STF manteve o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Vejamos:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. Em que pese reconhecer a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT em face do art. 7º, IV, da CF, o STF não pronunciou sua nulidade, editando a Súmula Vinculante 4, que mantém o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, afastando, até que novo parâmetro seja fixado legal ou convencionalmente, qualquer outra base de cálculo (cfr. Reclamação 6.266/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05/08/08 e Reclamação 6.833/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 28/10/08).

¹⁰⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 118.

¹⁰⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.352.

¹¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.352.

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.353.

Nesse diapasão, merece reforma a decisão regional que adotou o salário da Reclamante como critério de cálculo da parcela.¹¹²

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. Na dicção da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). Não há outra senda possível ao trânsito, sendo esta a solução que o caso evoca. Recurso de revista conhecido e provido.¹¹³

Assim, resta demonstrado que o TST adotou a manutenção da aplicação do salário mínimo com indexador para o cálculo do adicional de insalubridade.

3.3.2 Salário básico

Primeiramente, rememorando o conceito de salário, o qual é formado pelo somatório entre o salário básico com as parcelas denominadas sobre-salário.

O salário básico é o pago simplesmente em dinheiro – de natureza simples, ou em dinheiro e utilidades- de natureza composta.¹¹⁴

Quanto ao pagamento do salário, vale destacar que não poderá ser feito exclusivamente em utilidades, devendo, no mínimo, 30% ser pago em dinheiro, conforme preconizam os art. 82, parágrafo único e 458, § 1º da CLT.¹¹⁵

Depois de entender o conceito passa-se à análise da utilização do salário básico como indexador do adicional de insalubridade.

¹¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 143100-49.2005.5.15.0081.** 7º Turma. Relatora Juíza Convocada Maria Doralice Novaes. DEJ de 23.04.10. Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em 28.04.10.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 67800-62.2008.5.04.0411.** 3º Turma. Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJ de 23.04.10. Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em 28.04.10.

¹¹⁴ SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária.** 2º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 234.

¹¹⁵ SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária.** 2º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 235.

Caso não houvesse a vedação da parte final da súmula vinculante, conforme o entendimento do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho do TST, poder-se-ia propor a substituição do antigo critério utilizado – o salário mínimo, pelo previsto no art. 193, parágrafo 1º, da CLT que estatui o parâmetro para o adicional de periculosidade, que é o salário-base do empregado, retirado as demais parcelas de natureza salarial, tendo em vista que a insalubridade guarda similaridade com a periculosidade como fator de risco para o empregado, conforme o art. 7º, XXIII, da CF/88.¹¹⁶

Nesse sentido, colacionam-se alguns precedentes do TST:

D) AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO DE LEI - INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOBRE O SALÁRIO BÁSICO DOS RECLAMANTES - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 191 DO TST. 1. O entendimento esposado na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 e na Orientação Jurisprudencial 2 da SBDI-2, acompanhando a Súmula 228, todas desta Corte, estabelece que o percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo a hipótese prevista na Súmula 17 do TST, referente à existência de piso salarial profissional. 2. 'In casu', em face do provimento parcial do recurso extraordinário dos Reclamantes (já que não foi acolhido o pleito alusivo à adoção da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade), por decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, em que foi determinado o retorno dos autos a esta Corte para fixação de outra base de cálculo, deve ser adotado parâmetro diverso do salário mínimo. 3. No caso dos autos, os Recorrentes são servidores públicos municipais concursados, contratados para trabalhos braçais, sem salário profissional definido, o que descarta a possibilidade de incidência da Súmula 17 desta Corte. 4. Ora, na ausência de norma específica para o adicional de insalubridade, verifica-se que a Súmula 191 desta Corte estabelece que o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. 5. Assim sendo, aplicando por analogia a súmula supracitada, ante a similaridade da natureza jurídica dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pode-se tomar como parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade devido aos Recorrentes o seu salário básico.¹¹⁷

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 656/2005-042-15-00.5.** 7º Turma. Ives Gandra Martins Filho. disponível em: http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nphrs?d=ITRE&s1=§1=1&s2=656&s3=2005&s4=042&s5=15&s6=00&s9=&s10=&s11=&s12=&s20=&s21=&s7=&s24=&s8=&s13=&s14='042'&s15='15'&s16='00'&s17=&s18=&s19=&s25=&s22=&s23=&s26=&pg1=ALL&pg2=NUMT&pg3=ANOT&pg4=&pg5=&pg6=&pg7=&pg8=TIPT&pg9=GABT&pg10=GABT&pg11=GABT&pg12=GABT&pg13=&pg14=VART&pg15=TRIT&pg16=SEOT&pg17=COOJ&pg18=&pg19=&pg20=&pg21=&pg22=&pg23=&pg24=EMEN§2=1&u=http://www.tst.jus.br/www.tst.jus.br/jurisprudencia/n_br s/n_nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=1&f=G&l=0. Acesso em 19 de março de 2010.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Agravo Regimental n. 6.267/2003-909-09-00.3.** SBDI-2. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DJ de 04/05/07. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

I) AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO DE LEI - INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOBRE O SALÁRIO BÁSICO DO RECLAMANTE - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 191 DO TST. 1. O entendimento esposado na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 e na Orientação Jurisprudencial 2 da SBDI-2, acompanhando a Súmula 228, todas desta Corte, estabelece que o percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo a hipótese prevista na Súmula 17 do TST, referente à existência de piso salarial profissional. 2. 'In casu', em face do provimento do recurso extraordinário do Reclamante, por decisão monocrática proferida pelo Min. Cezar Peluso, em que foi determinado o retorno dos autos a esta Corte para fixação de nova base de cálculo, deve ser adotado parâmetro diverso do salário mínimo. 3. No caso dos autos, o Reclamante é servidor público municipal concursado, contratado para trabalho braçal, sem salário profissional definido, o que descarta a possibilidade de incidência da Súmula 17 desta Corte. 4. Diante da ausência de regra específica para o cálculo do adicional de insalubridade, deve o julgador louvar-se nos parâmetros traçados pelo art. 126 do CPC, dentre os quais avulta o da analogia ('ubi eadem ratio, idem jus'). 5. Ora, a Súmula 191 desta Corte estabelece que o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. 6. Assim, aplicando por analogia a súmula supracitada, ante a similaridade da natureza jurídica dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pode-se tomar como parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade devido ao Recorrente o seu salário básico, como determinado na própria decisão rescindenda, razão pela qual não prospera a irresignação do Município.¹¹⁸

RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - REFIXAÇÃO EM CUMPRIMENTO À DECISÃO DO STF. I - É preciso ter em mente a identidade ontológica entre as atividades insalubres e perigosas como propiciadoras de lesão à saúde física e mental do empregado, na medida em que a distinção entre elas restringe-se à maneira como se opera o agente nocivo e o agente perigoso à saúde. II - Enquanto a insalubridade decorre geralmente do tempo de exposição ao agente nocivo, a periculosidade decorre da proximidade ao agente perigoso, suscetível de deflagrar instantaneamente o evento danoso, segundo se depreende dos arts. 189 e 193 da CLT. III - Essa distinção contudo revela-se marginal para o fim de se estender ao adicional de insalubridade o mesmo critério, fixado no § 1º do art. 193 da CLT, para o cálculo do adicional de periculosidade pelo trabalho com inflamáveis e explosivos, consistente na utilização do salário básico sem os acréscimos ali elencados, tal como definido na primeira parte da Súmula nº 191 do TST. IV - Tendo em vista o paralelo ontológico traçado entre o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, contemplados na Consolidação das Leis do Trabalho, afasta-se a possibilidade de se estabelecer essa mesma sinonímia com a periculosidade pelo trabalho com energia elétrica de que trata a Lei nº 7.369/85, por conta da sua especificidade, a partir da qual não há de se cogitar da base de cálculo prevista no seu art. 1º, e explicitada na segunda parte da Súmula nº 191, no

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Remessa Ex Officio e Recurso Ordinário em Ação Rescisória n. 6.277/2002-909-09-00.8**. SBDI-2. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DJ de 25/05/2007. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

sentido de ela consistir na totalidade das parcelas de natureza salarial. V - Recurso provido.¹¹⁹

AÇÃO RESCISÓRIA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - REFIXAÇÃO EM CUMPRIMENTO À DECISÃO DO STF. I - É sabido que na interpretação das normas constitucionais o intérprete deve desprezar o sentido técnico das expressões ali contempladas, em virtude de elas se dirigirem precipuamente ao povo, tendo em conta seu objetivo precípuo de disciplinar a organização do estado e da sociedade, aí abrangido os direitos e as garantias individuais. **II** - Nesse sentido, a expressão remuneração contida na norma do inciso XXIII do art. 7º da Constituição não pode ser interpretada na acepção técnica do art. 457 e parágrafos da CLT, e sim no sentido usual de retribuição pecuniária pelo trabalho executado em atividades penosas, insalubres ou perigosas. **III** - Aliás, embora a interpretação gramatical se encontre em franco desuso na hermenêutica jurídica, em razão da prioridade ali conferida à interpretação teleológica, a redação dada à norma constitucional em pauta indica que a expressão remuneração fora utilizada no sentido proverbial de contraprestação pecuniária pelo trabalho exercido naquelas condições de penosidade. **IV** - Afastada a possibilidade de se adotar a remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade, cabe trazer à colação a identidade ontológica entre as atividades insalubres e perigosas como propiciadoras de lesão à saúde física e mental do empregado, na medida em que a distinção entre elas se restringe à maneira como se opera o agente nocivo e o agente perigoso. **V** - Essa distinção, contudo, revela-se marginal para o fim de se estender ao adicional de insalubridade o mesmo critério fixado no § 1º do art. 193 da CLT para o cálculo do adicional de periculosidade pelo trabalho com inflamáveis e explosivos, consistente na utilização do salário básico sem os acréscimos ali enumerados, tal como definido na primeira parte da Súmula nº 191 do TST. **VI** - Não obstante o paralelo ontológico discernível entre o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, contemplados na Consolidação das Leis do Trabalho, esse não o é em relação à periculosidade pelo trabalho com energia elétrica de que trata a Lei nº 7.369/85, por conta da sua especificidade, a partir da qual não há de se cogitar da base de cálculo prevista no seu art. 1º, e explicitada na segunda parte da Súmula nº 191, de ela consistir na totalidade das parcelas de natureza salarial. **VII** - Pedido julgado parcialmente procedente. (TST-AR-149.732/2004-000-00-00, Rel. Min. Barros Levenhagem, SBDI-2, DJ de 08/06/07)¹²⁰

Em síntese, é defendida a existência da identidade ontológica entre as atividades insalubres e perigosas. Entretanto, esse paralelo não seria suficiente para estabelecer a mesma base de cálculo.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Remessa Ex officio e Recurso Ordinário em Ação Rescisória n. 6.112/2003-909-09-00.7**. SBDI-2. Relator Ministro Barros Levenhagem. DJ de 01/06/07. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo Regimental n. 149.732/2004-000-00-00**. SBDI-2. Relator Ministro Barros Levenhagem. DJ de 08/06/07. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 23 de abril de 2010.

Além disso, o motivo determinante para não se utilizar esse critério para a base de cálculo do adicional em estudo consiste no fato de o STF, na Reclamação n. 6.266-0 (DJE de 5.8.2009), ter suspenso liminarmente a aplicação da Súmula n. 228 do TST na parte em que permite usar o salário básico para calcular a base de cálculo.

3.4 Aplicação da Súmula n. 17 do TST

Como já colocado, o TST deu nova redação à Súmula n. 228 no sentido de que a partir da data de publicação da Súmula Vinculante n. 4 do STF, em 9 de maio de 2008, o adicional de insalubridade seria calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Em agosto de 2009 o STF, na Reclamação n. 6.266-0, suspendeu liminarmente a aplicação da citada súmula do TST na parte em que fixou o salário básico como indexador do adicional de insalubridade.

Ao mesmo tempo aquela corte trabalhista entendeu por cancelar a Súmula n. 17 do TST na sessão do Tribunal Pleno, realizada em 26.06.2008, mediante a Res. 148/2008, publicada no DJ 04 e 07.07.2008 e republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008.¹²¹

Há que se rememorar que a citada súmula foi redigida originariamente em 21.08.1969, em 1994 foi cancelada e posteriormente em 21.11.03 foi restaurada¹²² com o entendimento de que o adicional de insalubridade devido a um empregado que por convenção coletiva, por força de lei ou sentença normativa perceba o salário profissional, será sobre esse calculado.

Embora tenha sido ratificado esse cancelamento, há julgados, posteriores à Súmula Vinculante n. 4 aplicando o entendimento contido na Súmula n. 17 do TST, como se verá.

Para melhor entendimento acerca do tema há que se discorrer sobre a definição de cada uma das modalidades salariais existentes na Súmula n. 17 do TST.

¹²¹ REVISTAS UNIFACS. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/552/395 Acesso em: 6 de novembro de 2009.

3.4.1 Salário profissional

Sérgio Pinto Martins assevera que o salário profissional é a remuneração mínima atribuída a determinada profissão, em regra, por lei.¹²³

É definido como aquele que fixa o mínimo que deverá ser pago a uma determinada profissão¹²⁴, para as categorias diferenciadas, quais sejam, as profissões regulamentadas por lei específica.

Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que, na prática, este substitui o salário mínimo para todos os trabalhadores de determinada categoria.¹²⁵

Ressalte-se que ao substituir o salário mínimo, o salário profissional se torna irrenunciável, como ocorre com o próprio salário mínimo em relação aos empregados de uma forma geral.¹²⁶

Pedro Paulo Teixeira Manus afirma, ainda, que havendo salário profissional fixado, ensejará a vedação do pagamento de salário inferior àquele que se encontre abrangido pela norma. É necessário, entretanto, que além da qualificação, o empregado exerça, efetivamente, a atividade da categoria em questão, para fazer jus à percepção do salário profissional.¹²⁷

Hoje, existem salários profissionais para os médicos – Lei n. 3.999/61, engenheiros – Lei n. 4.950-A/66, dentista – Lei n. 3.999/61, químicos – Lei n. 4.950-A/66, arquitetos – Lei n. 4.999-A/66, agrônomos – Lei n. 4.950-A/66, veterinários – Lei n. 4.950-A/66, auxiliares laboratoriais – Lei n. 3.999/61 e radiologista – Lei n. 3.999/61.¹²⁸

Conforme o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento, o salário profissional se diferencia do salário mínimo, primeiro pela amplitude, pois, o segundo é geral,

¹²² TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

¹²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 232.

¹²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 353.

¹²⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 118.

¹²⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 122.

¹²⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 123.

¹²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 353.

e amplo, e o profissional alcança apenas a profissão em razão do qual foi instituído. Em segundo lugar pela finalidade. O salário mínimo resguarda a manutenção de um nível econômico que permite satisfazer as necessidades básicas do empregado e de sua família. Já o salário profissional visa acautelar a dignidade profissional.¹²⁹

Nesse mesmo sentido Sérgio Pinto Martins assevera que o salário mínimo é geral, e, por isso, alcança qualquer trabalhador, mas o salário profissional alcança apenas uma determinada categoria de trabalhadores.¹³⁰

3.4.2 Salário Normativo

Maurício Godinho Delgado assim define o salário normativo:

O salário mínimo normativo (ou salário normativo) é aquele fixado por sentença normativa, resultante de processo de dissídio coletivo envolvente a sindicato de trabalhadores e respectivo (s) empregador (es) ou sindicato de empregadores. Traduz, assim, patamar salarial mínimo ao contexto da categoria representada pelo respectivo sindicato obreiro partícipe na relação processual de dissídio.¹³¹

O salário normativo pode, então, ser entendido como aquele que é fixado em sentença normativa em dissídio coletivo pelo TST e TRT's.

3.4.3 Piso Salarial

O piso salarial pode ser entendido como o mínimo fixado para uma determinada categoria, por negociação coletiva, a fim de substituir o salário profissional.

O art. 7º, inciso V, da CF/88, determina que o piso salarial seja computado de forma proporcional à extensão e à complexidade da atividade laboral. O piso salarial, no entendimento de Sérgio Pinto Martins, fixa o valor mínimo que pode ser recebido por certo trabalhador pertencente a uma determinada categoria profissional.¹³²

O Distrito Federal e os Estados ficaram autorizados, pelo art. 1º da Lei Complementar n. 103/00, a instituir mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 353.

¹³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 310.

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010. p.715.

salarial para os empregados que não possuam piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Ressalte-se que a lei estadual, assim como a lei federal, quando fixar o piso salarial deverá prever valores diferenciados para as diferentes funções ou categorias profissionais, de acordo com a extensão e complexidade da atividade exercida pelo trabalhador.¹³³

No entendimento de Sérgio Pinto Martins o fato de um trabalhador receber um piso salarial fixado por uma norma coletiva não implica em afirmar que o adicional de insalubridade será calculado sobre essa base de cálculo. Isso porque, a lei não dispõe isso.¹³⁴

Depois de diferenciar as modalidades salariais, constantes na súmula em estudo, passa-se à análise efetiva da aplicação ou não do entendimento inserto nesse verbete após o advento da Súmula Vinculante n.4 do STF.

O salário profissional de uma categoria, até a vigência da Súmula n. 17 do TST, poderia ser utilizado como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Contudo, como já visto, o entendimento cristalizado foi novamente cancelado na sessão do Tribunal Pleno.

Vale ressaltar que para o Pleno da corte trabalhista chegar a editar uma súmula pressupõe-se que houveram reiteradas decisões judiciais em um mesmo sentido, o que gera a jurisprudência e depois essa se unifica e se cristaliza mediante a edição de um verbete. Ou seja, é a cristalização de decisões judiciais.

Logo, a súmula em comento mantém o salário mínimo como base de cálculo somente para aqueles empregados que não possuam piso da categoria, salário profissional ou salário normativo.

¹³² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 310.

¹³³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 488.

¹³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 310.

Levando-se em consideração que o piso salarial quando é fixado para uma determinada categoria passa a substituir o salário mínimo legal para aqueles trabalhadores, então, por consequência, tem-se que essa seria a base de cálculo para as vantagens que consideravam o salário mínimo brasileiro como o seu indexador, e, foi por esse entendimento que o TST editou a Súmula n. 17.

Dessa forma, caso se considere que o salário mínimo ainda deve ser aplicado como base de cálculo do adicional, e, ainda, que o piso salarial de uma categoria é o salário mínimo daqueles pertencentes a uma categoria, não haveria nenhum óbice em sua utilização.

Contudo, a Súmula Vinculante n. 4 do STF faz uma vedação expressa no sentido de que a base de cálculo não poderá ser substituída por decisão judicial. Nesse contexto, a aplicação do verbete seria substituir a base de cálculo por uma decisão judicial unificada.

Embora o precedente, em estudo, tenha sido cancelado o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região ainda têm aplicado o seu entendimento. Veja-se:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (- UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG-) - SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. 1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Rejeitou, inclusive, a tese da conversão do salário mínimo em sua expressão monetária e aplicação posterior dos índices de correção dos salários, uma vez que, sendo o reajuste do salário mínimo mais elevado do que a inflação do período, restariam os servidores e empregados postulantes de uma base de cálculo mais ampla prejudicados ao receberem como prestação jurisdicional a redução da vantagem postulada. 2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no Direito Constitucional Alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (- Unvereinbarkeitserklärung-), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. 3. O Direito Constitucional pátrio encampou tal técnica no art. 27 da Lei 9.868/99, o qual dispõe que, - ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista

razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado-. -In casu-, o momento oportuno fixado pela Suprema Corte foi o da edição de norma que substitua a declarada inconstitucional. 4. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê como base de cálculo o piso salarial da categoria, que o possua (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria). Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.¹³⁵

O TRT da 10ª Região possui um verbete de n. 18/2006 com o entendimento de quando o empregado possuir salário fixado por lei, acordo coletivo, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa, sobre este incidirá a base de cálculo para o adicional de insalubridade.¹³⁶

Pode-se entender em dois sentidos: o primeiro de que sendo o piso salarial uma substituição ao salário mínimo legal que deve ser aplicado como base de cálculo, não há nenhum problema em aplicar o entendimento da Súmula n. 17 do TST que foi cancelada. Por outro lado, caso se entenda que a súmula é uma decisão judicial, isso afronta a parte final da Súmula Vinculante n. 4 do STF, logo não pode ser aplicado o piso como indexador do referido adicional.

Entende-se que já que a Súmula n. 17 foi cancelada pelo TST e em face da vedação contida na Súmula Vinculante n. 4 do STF, o entendimento de utilizar o salário profissional, o normativo ou o piso salarial como base de cálculo ofende o entendimento vinculante determinado pela Supre Corte.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista. N. 87200-04.2005.5.15.0042.** 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DJ 13/06/200. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 24 de março de 2010.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Verbetes N° 18/2006: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.** O adicional de insalubridade deve ser calculado, ordinariamente, sobre o salário mínimo. Todavia, percebendo o empregado salário fixado em lei, acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa, sobre este incidirá sua base de cálculo. Publicado no DJ-3 em 10.04.2006. Disponível em: www.trt10.jus.br acesso em 28 de março de 2010.

Além disso, a Súmula n. 17 não existe mais no plano jurídico, sendo assim, na hipótese em análise, não é possível aplicar um entendimento jurisprudencial inexistente, pois foi cancelado.

Para corroborar com esse entendimento, cite-se um precedente do TST:

RECURSO DE REVISTA. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O recurso de revista se concentra na avaliação do direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Diante de tal peculiaridade, o deslinde do apelo considerará apenas a realidade que o acórdão atacado revelar. Esta é a inteligência das Súmulas 126 e 297 do TST. Recurso de revista não conhecido. 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-PROFISSIONAL, SALÁRIO-CONVENCIONAL E SALÁRIO-NORMATIVO. Na dicção da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). A recomendação da cancelada Súmula 17 do TST, quando autorizava a utilização do salário-profissional, do salário-normativo e do salário-convencional como bases de cálculo do adicional de insalubridade, partia de interpretação do art. 192 da CLT, identificando parcelas que equivalessem ao mínimo ali referido. A compreensão da Corte Suprema, no entanto, supera toda a jurisprudência doméstica, na medida em que preserva o salário-mínimo *stricto sensu* como base de cálculo, até que Lei ou norma coletiva definam parâmetros outros. Na ausência de tais instrumentos, independentemente da existência de salários profissional, normativo ou convencional, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário-mínimo. Recurso de revista conhecido e provido.¹³⁷

A Suprema Corte ao se utilizar da teoria ‘*Unvereinbarkeitserklärung*’, manteve a utilização do salário mínimo para a base de cálculo do adicional de insalubridade em estrito senso, até que seja fixado legalmente um novo parâmetro.

Sendo assim, independente da existência de salário profissional, normativo ou piso da categoria o adicional de insalubridade deverá ser calculado somente sobre o salário mínimo, até que norma ulterior, pelo Poder Legislativo fixe um novo indexador.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista. N. 176700-56.2006.5.04.0332.** 3º Turma. Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJ de 23.04.10. Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em 28.04.10.

Depois de todas as questões sobre o enfoque do tema ser explanadas vale fazer algumas considerações finais.

Embora a técnica do direito alemão seja aplicada ao caso, esse é apenas um paliativo para o problema existente no ordenamento jurídico brasileiro. Até porque o ideal é que se busque a realização do direito do trabalhador que exerce suas atividades em condições insalubres de perceber um adicional que compense suas circunstâncias laborais.

Para tanto, hoje é necessário que o legislador elabore um novo indexador que garanta efetivamente uma base de cálculo favorável e vantajosa para o empregado a fim de que os princípios inerentes ao direito do trabalho sejam aplicados de plano, pois o que se tem é apenas uma promessa de que um novo indexador seja elaborado em um momento futuro.

Ocorre que, independentemente, de se vedar uma criação de um indexador por decisão judicial ou de aplicar outros tipos remuneratórios como base, como, por exemplo, o salário básico, o piso salarial, o salário profissional, o salário normativo e o salário mínimo, o mais importante é que esse indexador proporcione ao trabalhador a devida compensação.

Com a implementação de um novo parâmetro legal para a base de cálculo tem-se que esse tema não mais afrontará o sistema constitucional brasileiro, e, principalmente, irá trazer uma compensação à salubridade vivida por milhares de empregados no Brasil.

Por derradeiro, o mais importante no momento é que essa situação temporária da impronúncia da nulidade do art. 192 da CLT seja suprida o quanto antes pelo legislador a fim completar e unificar o ordenamento jurídico e de amparar os empregados que possuem o direito à percepção do adicional em estudo, até porque a saúde é um direito indisponível, previsto na CF/88.

CONCLUSÃO

A atividade insalubre é aquela em que o trabalhador exerce a sua atividade laboral em condições insalubres que podem causar dano à sua saúde física. Essas atividades estão regulamentadas e descritas na Resolução Normativa n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Além de o empregador ter o dever de oferecer equipamentos de proteção individual ao trabalhador, para compensar a exposição aos agentes insalubres, o trabalhador tem direito à percepção de um adicional, que poderá ser de 10%, 20% e 40%. O adicional de insalubridade busca dar condições ao empregado que exerce suas funções em um ambiente insalubre de cuidar melhor, até de forma preventiva, da sua saúde.

A base de cálculo para o referido adicional, a princípio, era regulada pelo art. 192 da CLT, que determinava como indexador o salário mínimo, salvo a hipótese prevista na Súmula n. 17 do TST, que o adicional seria calculado sobre o salário profissional do empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, o percebesse.

Com efeito, o art. 7º inciso IV da CF/88 veda a utilização do salário mínimo como indexador de vantagem para empregado. A partir desse dispositivo houve a discussão da base de cálculo do adicional em comento na Suprema Corte iniciada em 2008.

No julgamento do RE n. 565714-SP, o STF declarou a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Para consolidar esse entendimento a Suprema Corte utilizou-se do instituto da súmula vinculante, previsto no art. 103-A da CF/88, regulamentado pela Lei n. 11.417/2006. Isso significa que o Supremo Tribunal Federal poderá por provocação ou de ofício, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de repetidas decisões de matérias constitucionais, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal a partir de sua publicação na imprensa oficial, bem como dar seguimento à sua revisão ou cancelamento, na forma de lei específica.

Dessa forma, ocorreu a edição da Súmula Vinculante n. 4 do STF, dispondo que fora aqueles casos previstos na Carta Magna, o salário mínimo não poderá ser utilizado como indexador de base de cálculo ou vantagem nem ser substituído por decisão judicial.

O Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula n. 17 e a OJ n. 2 da SBDI-1, e alterou a redação da Súmula n. 228 do TST no sentido de determinar que a base de cálculo do referido adicional seria o salário básico, salvo qualquer outro critério mais vantajoso estabelecido em instrumento coletivo. Contudo, essa redação foi suspensa em liminar pelo STF, pois a Súmula Vinculante n. 4 veda expressamente a substituição da base de cálculo por decisão judicial.

Depois desses fatos surge a indagação de qual será a base de cálculo a ser utilizada. O STF ao declarar a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador do adicional em comento se utilizou da técnica decisória do direito alemão, '*Unvereinbarkeitserklärung*', que é, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade.

Por esse aspecto, então, mesmo sendo declarada a inconstitucionalidade do salário mínimo como base de cálculo ele continuará a ser utilizado até que uma nova norma seja editada, posteriormente, em um momento oportuno já que o Poder Judiciário não pode se usurpar da função do legislador para estabelecer um novo critério.

Sendo assim, a aplicação das antigas súmulas do TST seria uma afronta a Súmula Vinculante n. 4. Por outro lado, diante dessa inaplicabilidade da Súmula n. 17 do TST, aqueles trabalhadores que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebem salário profissional iriam se submeter a percepção de adicional pelo salário mínimo.

Ressalte-se que o Direito do Trabalho prima pela justiça tanto para o empregador quanto para o empregado, sendo que a esse último deve ser resguardado os direitos que visem à melhoria de sua condição salarial, conforme art. 7º, *caput*, da CF/88.

Nesse sentido, embora haja a vedação no verbete vinculante, há julgados do TST e do TRT da 10ª Região em que se adotou base diversa da do salário mínimo para

indexar o adicional para atividades insalubres. Isso porque é o critério mais vantajoso para o trabalhador que por força de instrumento coletivo o seu salário foi fixado.

Outro argumento que pode ser enxertado na tese da aplicação do indexador, antigamente, previsto na Súmula 17 do TST, é o da segurança jurídica para aqueles trabalhadores que já percebiam adicional de insalubridade calculado por um indexador e agora teria que modificar o que poderia acarretar prejuízos.

Embora existam esses argumentos, que poderão suscitar uma futura discussão, até que o legislador elabore um novo indexador, a única base de cálculo possível de se utilizar é o salário mínimo, pois usar qualquer base diversa dessa, principalmente substituindo-a por decisão judicial, irá ferir a vedação expressa contida na Súmula Vinculante n. 4 do STF.

Ressalte-se que a Suprema Corte ao se utilizar da teoria ‘Unvereinbarkeitserklärung’, manteve a utilização do salário mínimo para a base de cálculo do adicional de insalubridade em estrito senso.

Sendo assim, independente da existência de salário profissional, normativo ou piso da categoria o adicional de insalubridade deverá ser calculado somente sobre o salário mínimo, até que o vazio legislativo seja superado.

Nesse contexto, entende-se que em face da vedação contida na Súmula Vinculante n. 4 do STF, o entendimento de utilizar o salário profissional, o normativo ou o piso salarial, sem negociação coletiva específica, como base de cálculo ofende o entendimento vinculante, pois estaria substituindo o salário mínimo por uma decisão judicial.

O que se espera é que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade do art. 192 da CLT seja, o quanto antes, suprida pelo legislador de forma a definir um critério que abarque da forma mais justa e segura para aqueles que se submetem as atividades insalubres.

Esse estudo não objetivou exaurir o tema, e sim discorrer acerca da situação pendente quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade e a vedação expressa em verbete vinculante de não se criar um novo indexador por decisão judicial. É apenas o início

de um fio para debates que, em breve, espere-se que chegue ao final com um novo parâmetro formulado da forma mais justa e benéfica àqueles que o esperam com ansiedade.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei n. 9.868/99, Art. 27** “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em 25.03.10.

_____. **STF decide que vinculação de adicional de insalubridade ao salário mínimo é inconstitucional.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=59653. Publicada em 5 de maio de 2008. Acesso em: 05 de novembro de 2009.

_____. **Súmulas.** Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/552/395 Acesso em: 06 de novembro de 2009.

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

BARRETO, Gláucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. N. 35894/2002-900-09-00.3. 7ª Turma. Relator Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus. DJE: 22/02/2008. Disponível em: www.tst.jus.br, acesso em: 05 de novembro de 2009.

CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 de dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed, São Paulo. Ltr. 2008

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed, rev. atual. e ampla, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

JUSBRASIL, Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2359394/recurso-de-revista-rr-656-656-2005-042-15-005-tst>. Acesso em 19 de março de 2010.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINES, F. Garcia e J. A. Garcia. **El contrato Del Trabajo**. Rio de Janeiro. 1945

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, **Vedação Constitucional à Utilização do Salário Mínimo como Indexador. Problemas do Adicional de Insalubridade e da Alçada. Experiência do Direito Comparado para Solução da Questão.** Revista LTr de abril de 1992. p. 410-411.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho,** 34 ed. São Paulo: LTr, 2009

NOGUEIRA, Diogo. **A insalubridade na empresa e o médico do trabalho.** Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, 1984.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos.** São Paulo: Método, 2007.

SERRA, Edgar Vargas. **Insalubridade e sua remuneração.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1962

SILVA, Homero Batista Mateus Da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Reclamação 6.266-MC/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05.08.08. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 26.03.10.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Reclamação 6.833-PR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 28.10.08. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 26.03.10.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário. N. 565714.** Tribunal Pleno. Relatora Ministra Carmém Lúcia Antunes Rocha., Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=565714&classe=R&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 05 de novembro de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DA 10ª REGIÃO, **Recurso Ordinário. N. 00604-2007-103-10-00-3.** Disponível em: www.trt10.jus.br Acesso em 30 de março de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DA 10ª REGIÃO, **Recurso Ordinário. N. 01145-2006-013-10-00-3.** Disponível em: www.trt10.jus.br Acesso em 3 de novembro de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DA 10ª REGIÃO, Recurso Ordinário. **Recurso Ordinário. N. 00602-2007-003-10-00-6.** Disponível em: www.trt10.jus.br Acesso em 5 de novembro de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DA 10ª REGIÃO. **Recurso Ordinário. N. 00604-2007-103-10-00-3.** 3ª Turma. Desembargador Braz Henrique de Oliveira. Disponível em: www.trt10.jus.br acesso em 30 de março de 2010.

TRIBUNAL REGIONAL DA 10ª REGIÃO. **Verbete Nº 18/2006:** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. O adicional de insalubridade deve ser calculado, ordinariamente, sobre o salário mínimo. Todavia, percebendo o empregado salário fixado em lei, acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa, sobre este incidirá sua base de cálculo. Publicado no DJ-3 em 10.04.2006. Disponível em: www.trt10.jus.br acesso em 28 de março de 2010.

TRIBUNAL REGIONAL DA 2ª REGIÃO, **Jurisprudência.** Disponível em: http://br.vlex.com/vid/55431798?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=155193&query%5Bcoleccion_id%5D=172&query%5Bct_resultados%5D=736&query%5Bfrase%5D=adicional+insalubridade+s%C3%BAmula+17+2007&query%5Bfrom_idioma%5D=PT&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28adicional+AND+insalubridade+AND+sumula+AND+17+AND+2007%29+OR+titulo%3A%28adicional+AND+insalubridade+AND+sumula+AND+17+AND+2007%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score. Acesso em 06 de novembro de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Acórdão Nº 2004049.** Magistrada Anelia Li Chun. DJ 06/03/2007. Disponível em: http://br.vlex.com/vid/55431798?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=155193&query%5Bcoleccion_id%5D=172&query%5Bct_resultados%5D=736&query%5Bfrase%5D=adicional+insalubridade+s%C3%BAmula+17+2007&query%5Bfrom_idioma%5D=PT&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28adicional+AND+insalubridade+AND+sumula+AND+17+AND+2007%29+OR+titulo%3A%28adicional+AND+insalubridade+AND+sumula+AND+17+AND+2007%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score. Acesso em 06 de novembro de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Recurso Ordinário. N. 00305-2007-012-03-00-0.** 2ª Turma. Relatora Juíza Convocada Maria Cecília Alves Pinto. DJU de 19/12/2007. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 04 de novembro de 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Recurso de Revista. N. 393500-09.2008.5.12.0034-01.** 7ª Turma. Ministra Kátia Magalhães Arruda. DJET de 19/02/2010. Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em: 22 de fevereiro de 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista. N. 87200-04.2005.5.15.0042.** 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT de 13/06/200. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 24 de março de 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista, 7ª Turma. RR-656/2005-042-15-00.5.** 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DEJT de 06/02/2009 Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 19 de março de 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Agravo Regimental n. 149.732/2004-000-00-00**. SBDI-2. Relator Ministro Barros Levenhagem. DEJT de 08/06/07. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 23 de abril de 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista. N. 14100-53.2008.5.09.0567**. 4º Turma. Relator Ministro Antônio Barros Levenhagem. DEJT - 19/03/2010. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 de março de 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista. N. 143100-49.2005.5.15.0081**. 7º Turma. Relatora Juíza Convocada Maria Doralice Novaes. DEJ de 23.04.10. Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em 28.04.10.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista. N. 67800-62.2008.5.04.0411**. 3º Turma. Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJ de 23.04.10. Disponível em: www.tst.jus.br Acesso em 28.04.10.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso Ordinário em Agravo Regimental n. 6.267/2003-909-09-00.3**. SBDI-2. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DJ de 04/05/07. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Remessa Ex Officio e Recurso Ordinário em Ação Rescisória n. 6.277/2002-909-09-00.8**. SBDI-2. Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. DJ de 25/05/2007. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 de novembro de 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Remessa Ex officio e Recurso Ordinário em Ação Rescisória n. 6.112/2003-909-09-00.7**. SBDI-2. Relator Ministro Barros Levenhagem. DJ de 01/06/07. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 de novembro de 2009.